

SENADO

SECRETARIA

DIRECCION DE COMISIONES

XLIIa. LEGISLATURA
Tercer Período

CARPETA Nº 909 de 1987

DISTRIBUIDO Nº 626 de 1987

COMISION DE CONSTITUCION Y LEGISLACION

sin corregir por los oradores

Noviembre de 1987

CODIGO PENAL, DEL PROCESO PENAL Y DEL NIÑO

Modificaciones

Versión taquigráfica de la sesión de la Comisión del día 29 de octubre de 1987

Preside : señor Senador Gonzalo Aguirre Ramírez.

Miembros : señores Senadores Hugo Batalla, Pedro W. Cersósimo, Juan C. Fá Robaina, José L. Guntín y Dardo Ortiz.

Invitados especiales : Presidenta de la Suprema Corte de Justicia, doctora Jacinta Balbela de Delgue; Miembros del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, doctores Milton Cairoli y Nahum Bergstein; Miembros del Colegio de Abogados del Uruguay, Vicepresidente doctor Yamandú Tourné y doctores Rodolfo Canabal, Beatriz Rovira de Pessano, Eduardo Llovet, Gonzalo Fernández, Rodolfo Schurmann Pacheco y Juan Errandonea.

SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 14 y 42 minutos)

En nombre de la Comisión, debemos agradecer a la señora Presidenta de la Suprema Corte de Justicia el haber tenido la deferencia de venir a explicarnos cuál es la situación creada por haber recibido hace pocos días la documentación pertinente sobre este tema de la delincuencia, a cuyo efecto se abriría la posibilidad de modificar la legislación vigente.

En tal sentido, damos la palabra a la señora Presidenta.

SEÑORA BALBELA DE DELGUE.- En nombre de la Suprema Corte de Justicia deseo formular a los señores Senadores las excusas de los señores Ministros por su inasistencia en este momento.

Ello obedece a una razón fundamental, que es el cuidado con que la Suprema Corte de Justicia tiene que estudiar los tres proyectos de ley, que establecen soluciones diferentes a distintos puntos que son de mucha importancia.

Quiero puntualizar que recién el día viernes por la tarde recibimos la invitación de esta Comisión, por lo que fue prácticamente imposible comunicársela a los señores Ministros. No obstante, logré hacerlo por vía telefónica.

Por otro lado, presenté las disculpas del caso ante el Secretario de esta Comisión, pero él me manifestó que era de sumo interés de los señores Senadores escuchar la opinión de la Suprema Corte de Justicia. De ahí la razón por la que he asistido hoy.

Reitero que hay proyectos que tienen importancia fundamental, respecto de los cuales hay posiciones totalmente contrarias, como es el caso de la imputabilidad.

SEÑOR PRESIDENTE.- Perdón, pero cuando la señora Presidenta habla de opiniones en contrario, ¿se refiere a las de los proyectos entre sí?

SEÑORA BALBELA DE DELGUE.- En efecto. De ahí, que ellos requieran un estudio profundo.

De modo que presento las excusas del caso, ya que no esta-

mos en condiciones en este momento de poder ofrecer la opinión de la Suprema Corte de Justicia sobre esos proyectos. Distinta es la que pueda tener cada uno de los Ministros.

A los efectos de avalar mi posición, había hecho un estudio, pero es el mío particular, no el de la Suprema Corte de Justicia.

Por otra parte, dada la importancia del tema, entendimos que era conveniente que la Suprema Corte de Justicia se expidiera por escrito; es decir, que podemos deliberar sobre cada uno de los proyectos y luego expedirnos de esa forma. Me parece que ésa es la manera más fácil y que está más acorde con el espíritu del Cuerpo, inclusive para los señores Senadores, sin perjuicio de hacer las aclaraciones que se crean convenientes en un diálogo final.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no hay temperamento en contrario por parte de los compañeros de la Comisión, aceptaríamos el criterio de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que nos envíe su pronunciamiento por escrito. De todos modos, sería útil saber cuánto estima la señora Presidenta que podría demorar la emisión de ese pronunciamiento.

SEÑORA BALBELA DE DELGUE.- Es de presumir que en el correr de la próxima semana los señores Senadores puedan contar con el informe de la Suprema Corte de Justicia.

SEÑOR CERSOSIMO.- Creí entender a la señora Presidenta que ella podría dar su opinión personal. No digo esto para que la brinde; pero si su intención es hacerlo, con mucho gusto la recibiríamos.

SEÑORA BALBELA DE DELGUE.- Reitero que esta es mi opinión personal, pero ella puede ser pasible de cambios; sabido es que en los acuerdos pueden variar las opiniones. Mi intención era que los señores Senadores vieran que yo había estudiado el punto, cosa que lamentablemente no han podido hacer los otros compañeros.

De modo que esta no es la opinión de la Suprema Corte de Justicia, sino la mía personal.

SEÑOR PRESIDENTE.- Creo que sólo restaría agradecer a la señora Presidenta su amabilidad y deferencia, quedando entonces la Comisión a la espera del pronunciamiento por escrito de

la Suprema Corte de Justicia.

(Se suspende la toma de la versión taquigráfica)

SEÑOR PRESIDENTE.- Se reanuda la sesión. La Comisión de Constitución y Legislación tiene el agrado de recibir en su seno a los señores representantes del Instituto Uruguayo de Derecho Penal para escuchar la opinión de sus integrantes sobre el tema de la delincuencia, su regulación legislativa y, más concretamente, sobre los proyectos que se encuentran a estudio de esta Comisión, presentados por los señores Senadores Cersósimo y Ortiz y por el Poder Ejecutivo.

SEÑOR CAIROLI.- Agradezco a la Comisión de Constitución y Legislación del Senado por haber invitado al Instituto Uruguayo de Derecho Penal a los efectos de expresar su opinión sobre un asunto tan importante.

La opinión que hoy vamos a emitir con el doctor Bergstein será personal, porque es sabido que el Instituto de Derecho Penal está formado, en su gran mayoría, por magistrados del orden fiscal. Tenemos al Jefe de Policía, como grado 5; a la doctora Reta, Ministro de Educación y Cultura, como grado 5; la doctora Grezzi, también grado 5, Fiscal del Crimen y, quien habla, grado 5, pero que se siente un poco desimplicado de estas cuestiones por ser magistrado.

De manera que he tratado de convocar a un conceptuado profesor del Instituto, que es el doctor Bergstein, el grado 4 más antiguo, a los efectos de dar nuestra opinión.

Con respecto a la parte de minoridad, se trata de la opinión del Instituto, porque hace un par de meses, en agosto, se realizó un simposio en el paraninfo en el que prácticamente todos sus representantes expresamos nuestro pensamiento sobre ese problema. En la Mesa Redonda se le dio el nombre de "Imputabilidad y Minoridad".

En lo que tiene relación con otro problema que plantean los proyectos del señor Senador Cersósimo y del Poder Ejecutivo, el Instituto no se ha pronunciado globalmente.

De todos modos, voy a tratar de hacer un examen de cada uno de los proyectos.

SEÑOR BATALLA.- Pienso que es importante que la Comisión disponga del material relacionado con el tema minoridad, sobre el cual el Instituto expresa su opinión. No sé si están en

condiciones de hacérnoslo llegar o si ya se ha publicado.

SEÑOR CAIROLI.- Ese material todavía no fue publicado aunque su mayor parte está escrita. Los disertantes fueron diez u once y se habló desde el punto de vista siquiátrico, de los Juzgados de Menores e hicieron uso de la palabra algunos representantes del Instituto y la Presidenta del Consejo del Niño. Cada uno emitió una opinión acorde con su especialización.

En lo que respecta a la minoridad, hubo un pronunciamiento muy coincidente. Podría proporcionar un 85% de lo que se dijo; lo tengo escrito a máquina, en borrador. Me faltan algunas disertaciones de algunos integrantes de la Mesa que todavía no nos proporcionaron la versión corregida.

En primer lugar, trataré de examinar lo que tiene que ver con el proyecto de ley del señor Senador Ortiz.

El proyecto tiene, prácticamente, un solo artículo importante a los efectos penales, porque el otro es derivación de él. No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido los 16 años. Tampoco lo es el mayor de 16 y menor de 18, a no ser que hubiera actuado con discernimiento. El Juez de Menores será quien determinará si el hecho fue ejecutado con discernimiento.

Este proyecto, lógicamente, abate el límite de edad que está vigente en el Código Penal Uruguayo. Luego plantea el viejo problema de la imputabilidad relativa por discernimiento que será declarado por el Juez de Menores.

El gran problema del discernimiento fue, desde siempre, desde todas las épocas, determinar en la doctrina penal qué se entiende por tal.

Carrara, en una posición que hoy está muy superada, decía que era la capacidad de distinguir el bien del mal. Le Selier, un autor francés, entendía que era la madurez del espíritu necesaria para percibir la legalidad o ilegalidad de un acto. Un autor alemán, Hans, expresaba que era la habilitación psicológica para comprender la legalidad del acto.

Personalmente --esto lo he transmitido en mi libro "Curso de Derecho Penal Uruguayo"-- entiendo que es el examen de

la madurez mental necesaria frente a cada caso concreto. Es decir, la posibilidad de adquirir la conciencia de la culpabilidad.

O sea, contrario a toda definición apriorística en Derecho Penal, entiendo que el asunto debe ser juzgado en cada caso particular.

Los autores del Código Penal italiano, en 1931, atacaron, obviamente, el discernimiento. Entendieron que era impreciso, incierto, vago y contrario al verdadero principio de imputabilidad. Decían, además, que el discernimiento es una típica facultad intelectiva, subjetiva del intelecto de una persona, y que de ninguna manera podía ser juzgada por un tercero que, en este caso, sería una persona extraña a esa otra que había determinado el punto. Esa persona era el Juez, que tenía que ser desechado.

Por consiguiente, se prefirió un límite fijo que fuè el que luego se trasuntó en el Código Penal uruguayo que, como todos saben, tuvo como modelo en su mayoría porcentual al Código Penal Italiano de 1931.

Personalmente, prefiero un límite fijo. Creo que también ésta es la opinión del Instituto porque es un límite objetivo donde se presenta una presunción de incapacidad, de culpabilidad, tomando como ficción la falta de madurez mental y social. Esa ficción se hace por un sentido de uniformidad y seguridad jurídica, en base a criterios empíricos que están determinados por razones de política criminal.

Además, el límite fijo es el que ha sido recomendado por los organismos internacionales en los últimos años. Por ejemplo, las reglas mínimas sobre prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil fueron plasmadas en el seminario de las Naciones Unidas celebrado en Río de Janeiro en 1953.

En segundo lugar, un estudio comparado sobre la delincuencia juvenil fue realizado también en las Naciones Unidas en la década del 60'.

Finalmente, en esta última década, en las reuniones en que se estudió el Código Penal tipo para Latinoamérica, España y Portugal, se estableció el artículo 23 que expresa: "No es punible el que no tuviera en el momento del hecho la edad señalada en la ley respectiva".

Es decir que se marca un esquema que será seguido o no por los Estados miembros que adhieren al Código Penal tipo, entre ellos, nuestro país. Luego lo deja librado a lo que establezca cada legislación interna.

Me voy a referir ahora al abatimiento al mínimo de dieciséis años. Con respecto a esto, me pronuncio sobre el límite fijo de la imputabilidad...

El señor Senador Cersósimo tiene una copia de mi libro. Hace dos años pensaba --por una serie de razones que en ese momento se me habían ocurrido-- que el límite de imputabilidad debía bajarse a dieciséis años; pero luego conversaciones con otros profesores, sobre todo con la doctora Reta --que fue mi profesora de siempre, la que primero me enseñó Derecho Penal; yo era estudiante cuando la doctora Reta ya era catedrática, en el año 1958-- me he convencido de que no solucionamos nada abatiendo el límite de la imputabilidad a los dieciséis años. Cada vez están delinquiendo chicos de menor edad, como por ejemplo, de ocho, diez, o doce años.

Dicen --y esto no lo he podido comprobar, simplemente me refiero a la opinión de las dos Juezas de menores, precisamente en el Simposio a que hacía referencia hace un rato, las doctoras Viña y Barnech de Campos-- que a lo sumo son ciento cincuenta menores que estarían delinquiendo en Montevideo, en estas modalidades de menores de ocho, diez, o doce años.

Pienso que si seguimos bajando el límite de imputabilidad para poder atrapar, por parte del Derecho Penal, a más menores, vamos a tener que bajarlo a una edad que es realmente ridícula, porque deberemos llegar a edades de diez, once, o doce años que prácticamente no son límites de imputabilidad en ninguna legislación más o menos conocida. Por otra parte, se me ocurre que disminuir el límite va a permitir que los delincuentes mayores se sirvan de estos menores para cometer delitos en forma impune.

Además, de acuerdo con las enseñanzas que en este momento nos brinda la moderna siquiatría --y esto lo digo con total honestidad, porque fui uno de los que pensé hace un par de años que el límite había que bajarlo a los dieciséis años-- es muy difícil que el menor de dieciocho años pueda introyectar la norma, es decir que pueda sentir cuándo está haciendo

lo bueno o lo malo. Consultados algunos siquiatras a este respecto, me han contestado que, con el mismo criterio, habría que llevar toda la imputabilidad a los dieciséis años y se me hizo la siguiente pregunta: ¿por qué las Intendencias no conceden las libretas de conducir a menores de dieciséis años? Esto se hace porque se ha llegado a la conclusión, desde el punto de vista médicosiquiátrico que el menor de dieciséis años, detrás de un volante, no sabe exáctamente lo que hace. Esta es una opinión de carácter técnico, que no pertenece, por supuesto a mi ciencia y que la repito porque considero que la ciencia penal tiene interacciones con otras ciencias.

Es decir que en estos momentos debemos munirnos de las enseñanzas de otras disciplinas para poder llevar adelante una tarea tan difícil como es la de legislar penalmente.

SEÑOR ORTIZ.- ¿Me permite una interrupción?

La mayoría de los países fijan la imputabilidad a los dieciocho años. Aquí tengo el Código Penal ruso que dice: "Los menores de edad que hubiesen cumplido doce años, hallándose convictos de robos, violencias, lesiones corporales, mutilaciones, homicidios o tentativa de homicidio, serán perseguidos criminalmente con aplicación de todas las medidas penales".

Por otra parte, hay Constituciones de varios países de América que establecen la mayoría de edad no a los veintiún años, como nosotros, sino a edades mucho menores. De manera que no es un concepto absoluto y no todos se guían por las mismas insinuaciones de las Naciones Unidas. Además, la realidad nos dice que ése es un criterio promedial, pero evidentemente hay que admitir que habrá muchachos de dieciséis años que tienen pleno discernimiento.

Se prefiere por comodidad, un límite fijo, para que los Jueces no deban estudiar caso por caso, o porque algunos piensan que el Juez no puede determinar perfectamente el discernimiento del menor, por tratarse de una persona qué está fuera de él.

Lo que deseo señalar es que éste no es un criterio absoluto y universal y que, naturalmente, puede discreparse con el mismo, pero no al punto de considerarlo un disparate o una aberración.

Por otra parte, así como el ser humano va teniendo mayores perspectivas de vida --ahora estamos alrededor de los setenta años-- también va evolucionando y, en consecuencia, habrá que modificar las edades, incluso la mayoría de edad, no sólo a los efectos penales, sino para los casamientos o actos importantes.

Tampoco puede sernos indiferente la proliferación de la delincuencia infantil en el sentido de que ahora, aunque puede ser que el número --nunca creo mucho en las estadísticas-- no haya aumentado en cuanto a la criminalidad, sabemos que sí con relación a la edad. Tengo aquí 50 crónicas policiales --no es el momento de leerlas-- inclusive una de ayer mismo, según la cual menores de 13 y 14 años están cometiendo tremendos crímenes.

Lo que yo quiero preguntarle es si para usted, un menor de 17 años en la actualidad es igual a uno de 18 en la época en que se hizo el Código, cuando en el país todavía existía la institución que se llama familia --que ahora ha quedado desdibujada por muchísimas razones-- cuando el ambiente que rodeaba a esos niños era muy distinto al de ahora porque no había televisión la que, según la doctora Reta --y la cito para mencionar una opinión importante-- es causante de que haya una especie de acostumbramiento a la violencia. Según declaraciones de la señora Ministra, los menores ven en la televisión que el que ha sido asesinado en un episodio, a la semana siguiente aparece otra vez vivo y entonces, no asocian la muerte con la desaparición permanente.

Ahora los niños se acostumbran a usar armas desde pequeños, ya que incluso los juguetes que se les regalan a los cinco años, son revólveres o ametralladoras, en un 90% de los casos.

En la actualidad vemos que los niños de cinco años de edad están en la calle pidiendo limosna, revolviendo los tachos de basura u ofreciendo limpiar el parabrisas de los coches, así como sabemos que algunos cometen pequeñas raterías en los puestos de verduras, de los que toman una manzana y salen corriendo y, además, están en contacto con mayores, vendedores de diarios, etcétera.

Entonces, se van endureciendo y adquiriendo un conocimiento tal de la vida, que no puede compararse con el de un

joven que tenía 18 años en 1890, época en la que recién estaba saliendo de la adolescencia. En cambio ahora, hay chicos de 16 ó 17 años que tienen una sabiduría del peor aspecto de la vida muy superior a la de hombres hechos y derechos.

Todo esto es una realidad que me parece que se desconoce. Es decir, que no estamos fijados en la época en que se hizo el Código; el mundo ha cambiado.

Se acaban de referir al tema de las licencias de conductores. En los Estados Unidos, a los 16 años se puede conducir. No existe un criterio fijo, inamovible.

SEÑOR CAIROLI.- Me referí a ese tema manifestando que era lo que se me había dicho por parte de un siquiatra, que era una opinión de tipo personal. De ninguna manera ataqué ese límite de edad como algo absurdo. Se está tomando la versión taquigráfica, y se verá que en ningún momento expresé que fuera absurdo. Tan no lo puedo haber dicho así, cuando hace dos años opinaba que se podía bajar el límite de imputabilidad.

Lo que establece el Código ruso, llevando el límite a 12 años, me parece exagerado; pero otros como el colombiano y algunos latinoamericanos de países del Pacífico, llevan la imputabilidad a edades bastantes bajas.

Personalmente, lo que pienso es que no solucionamos nada llevando el límite de edad a dos años menos. Habría que bajarlo aún más y eso ya me parecería demasiado absurdo.

SEÑOR CERSOSIMO.- Para no interrumpir lo que se está considerando, sólo voy a preguntar si el doctor Cairoli se va a referir al proyecto que yo he presentado.

SEÑOR CAIROLI.- Sí, señor Senador.

SEÑOR CERSOSIMO.- De ser así, entonces esperaré a que se refiera al proyecto de mi autoría que, en cuanto a este mismo asunto, da una solución parecida.

SEÑOR CAIROLI.- Creo que lo mejor sería conversar ahora sobre el punto, porque en la parte correspondiente a lo que tiene que ver con la minoridad, voy a remitirme a lo que ya manifesté, aunque tiene aspectos distintos, para no repetir innecesariamente.

SEÑOR CERSOSIMO.- Quisiera que usted diera sus puntos de vista para luego explicar yo los míos.

SEÑOR PRESIDENTE.- Antes de que el profesor Cairoli pase a considerar otro punto o el otro proyecto, deseo formular una pregunta.

Entre las razones que dio para fundamentar la variación de su criterio en cuanto a que no es conveniente bajar el límite de imputabilidad a 16 años, si no entendí mal, dijo que podía ser utilizada esa modificación, por los delincuentes mayores, amparándose, de esa manera, en la conducta, ahora sí delictiva o penalmente imputable de los menores. Confieso que no entendí bien cómo funciona su razonamiento, porque habitualmente se ha hecho el contrario.

Se dice que como los menores son inimputables, los mayores los utilizan para cometer delitos. Es decir, los hacen cometer delitos, ellos se limitan a instigar, no son por lo tanto autores, no se les puede procesar y aprovechan los efectos del delito cometido por menores que tampoco pueden ser enviados a la cárcel.

Lo que le pregunto es cómo funciona el razonamiento contrario.

SEÑOR CAIROLI.- Lo que quise decir es que si se baja el límite de imputabilidad, los delincuentes mayores buscarían niños aún menores para que puedan delinquir impunemente, a pesar de que todos sabemos que ellos son coautores mediatos por instigación, de acuerdo con el artículo 60, pero eso se debe probar.

Si los señores Senadores están de acuerdo, voy a referirme brevemente al proyecto del señor Senador Cersósimo.

Si les parece voy a continuar con el tema del abatimiento de edad para el límite de imputabilidad, antes de considerar otros aspectos.

El artículo 3º del proyecto dice: "Modifícase el artículo 34 del Código Penal, que quedará redactado de la siguiente forma: 'No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido 16 años de edad. Tampoco lo es el mayor de 15 años

y menor de 16 años, a no ser que conste que su capacidad de querer y de entender el carácter ilícito del acto, demuestran su discernimiento sobre la criminalidad del mismo. El juez, debidamente ilustrado por peritaciones psiquiátricas y criminológicas, que solicitará al Instituto de Criminología, hará declaración expresa sobre el punto, para incriminarle el hecho punible o declarado irresponsable del mismo, actuando, consecuentemente, en cada supuesto'".

En este texto la diferencia que encontramos con el del señor Senador Ortiz está en que, en lugar de ir hacia arriba, de 16 a 18 años con discernimiento --lo que hace que el proyecto del señor Senador Ortiz sea más parecido al Código Penal del 89'-- baja un poco más la imputabilidad, que sería entre 15 y 16 años si se actuara con discernimiento.

Este proyecto me merece las mismas objeciones, del punto de vista técnico, que he expuesto en el comentario que formulé con referencia al proyecto del señor Senador Ortiz.

SEÑOR CERSOSIMO.- Entiendo que en esta parte el proyecto puede ser opinable.

No tengo dudas, porque decimos y es muy factible, que puede establecerse un período entre los 16 y 18 años en el que el juez, asistido de peritos y de acuerdo con las consideraciones que formulamos en la exposición de motivos, pueda declarar la imputabilidad,tal como se prevé en el proyecto.

Entre los 16 y 18 años, como lo han implantado distintas legislaciones y lo han venido sosteniendo muchos jurisconsultos que se han ocupado de este tema, en el país y fuera de él, es decir la doctrina nacional y la extranjera, y como lo acogen, además, gran cantidad de países tanto de América como de Europa, puede ser el juez quien atendiendo a esas circunstancias determine si el menor es imputable o no, en función de su discernimiento y de otras características que se indican en el proyecto.

También podrían establecerse más. Actualmente, en la España democrática, en el Código de 1983, se adoptó el límite de los 16 años.

En otro orden de países, podemos señalar, por ejemplo, el Código Penal de Cuba de 1979, que también fija la edad en 16 años; el de Venezuela, que la fija en 12 años, con determinadas modalidades --tengo una fotocopia de las disposiciones que establecen que a esa edad un menor puede ser imputable o no en función de criterios similares a los que nosotros accionamos en este proyecto-- el Código Penal de Colombia del año 1980; el de Portugal de 1983, el de Honduras, el de Bolivia y el de Nicaragua, que también establece un criterio mixto, análogo al que ahora propugnamos. No recuerdo exactamente la edad fijada en otros países de América; puedo reiterar lo que acaba de leer el señor Senador Ortiz, en el sentido de que el Código Penal soviético establece el límite de imputabilidad en 12 años y expresar que en algunos países como la India el límite es de 10 años. Esto significa que hay distintas modalidades.

Debo decir que no solamente esto me parece muy importante, sino también lo que resulta de opiniones muy ilustradas que se han dado en el país desde hace varios años y de proyectos presentados al Parlamento hace más de 30 años. Tanto Senadores como Representantes han presentado proyectos en este sentido desde hace largo tiempo; hay un anteproyecto muy importante, presentado por el doctor De Gregorio, que luego fue recogido por el entonces Legislador Vasconcellos, quien lo elevó a consideración en 1955; tanto el partido Nacional como el Partido Colorado elevaron proyectos rebajando la imputabilidad a 16 años. También podemos mecionar opiniones especialmente valiosas. El señor Senador Aguirre sabe en qué grado de considerción se tiene la opinión de su ilustre abuelo, Juan Andrés Ramírez, tanto en el país como fuera de él. El doctor Ramírez, en 1956, en un editorial del diario "El Plata" --que yo guardo-- expresaba lo siguiente: "Bien puede suceder, y sucedió en los últimos años, que menores de 18 años actúen con discernimiento y una madurez tales que sería un error y una omisión, en la defensa social no considerarlos como verdaderos delincuentes". Luego desarrolla toda su opinión con la claridad y contundencia con que el doctor Ramírez trataba éste como cualquier otro tema, que ponía de manifiesto con su ilustrado criterio. Pero además contamos con opiniones tan valiosas como la del doctor Evangelista Pérez del Castillo, que fue, aparte de jurisconsulto de nota y Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Presidente del Consejo del Niño, quien hace más de 30 años decía: "La solución no se halla en poner un límite fijo a la inimputabilidad para aplicar invariablemente a quienes no han alcanzado, solamente medidas educativas, sino estable-

cer un período de tiempo que puede ser de los 15 a los 18 años" --y personalmente no me opongo a que pueda establecerse ese lapso dentro de la caracterización o sistema mixto que propugnamos, al igual que el proyecto del señor Senador Ortiz-- "durante el cual podría considerarse imputable al que, además de ser peligroso e incorregible, haya demostrado poseer capacidad para apreciar el carácter ilícito del acto y de determinarse según su verdadera apreciación". El doctor Pérez del Castillo agregaba ya en aquella época algo que me parece absolutamente irrefutable, como argumento: "ahora los menores logran el desarrollo mental con más rapidez que antes" --esto lo expresaba hace más de 30 años-- "por obra de la evolución de los tiempos modernos"... "Es frecuente ver jóvenes que antes de los 18 años han alcanzado un porcentaje de capacidad delictual que los hace altamente peligrosos. Se contemplan mejor los fines de seguridad social de la legislación represiva, permitiendo el apartamiento total de los delincuentes incorregibles, aunque sean fisiológicamente menores".

En el mismo sentido, el doctor Gualberto Pi, establece: "La premisa de que los menores de 18 años deben ser apartados de toda pena es susceptible de observaciones y, en ciertos casos, peligrosa para la seguridad social. Se trata de aclarar quiénes son menores y quienes no lo son"... "bajo el aspecto moral y penal, de tal modo que la separación entre unos y otros muy bien puede estar dada con más exactitud por un período de tiempo".

El colombiano Alfonso Reyes --muerto trágicamente en 1985-- y todos los demás juristas del extranjero y del país que han opinado sobre este tema tienen opiniones similares.

Pero, sobre todo, hay una realidad que es necesario contemplar, pues no se puede ser ajeno a ella: se trata de lo que actualmente vive el país. No creo que puedan solucionarse estos problemas estableciendo lo que en Alemania se llama "la estafa de las etiquetas", que fija la imputabilidad de un menor con un castigo igual al de un adulto.

En 1976 --hace casi doscientos años-- un tratadista inglés expresaba: "Es peligroso para el público propagar la noción de que los niños pueden cometer atrocidades con impunidad". Esto es lo que está pasando y lo que la sociedad teme, por lo que hay que defenderla.

Desde el punto de vista jurídico y no moral, me parece mucho más realista o equilibrado --y quiero emplear el término exacto, a fin de que no se malinterprete el sentido de mis palabras-- que se baje la imputabilidad y no que, con lo que los alemanes llaman "la estafa de las etiquetas", se mantenga detenido y sometido a medidas de seguridad --en otros sistemas se han derogado-- durante 10 años a un menor. Por no bajar la imputabilidad a 16 años, puede mantenerse en ese tratamiento penal represivo --en mi concepto excesivo-- hasta los 27 años, con el agravante de que dadas ciertas circunstancias no excepcionales --muy comunes, según expresiones del señor Presidente en una alocución radial que realizó cuando el tema fue enviado al parlamento-- el chico podría quedar encarcelado en régimen penitenciario común.

Frente a todo esto, me parece mucho más acorde con la realidad y pasible de ser acogido con cierto sentido de realidad, lo que proponemos. Creo que es preciso que se actúe de esa manera, con el objeto de que la legislación tenga un instituto que permita, en las actuales circunstancias, defender a la sociedad de todos estos desmanes que se están cometiendo. Si hoy efectuamos una encuesta preguntándole al país entero qué es lo que siente y qué cree que debe hacerse en esta materia, estoy absolutamente seguro que sólo habrá 15 profesores que sostenga, desde el punto de vista teórico, un mecanismo de la naturaleza de la que pretende aplicarse por algunas jerarquías de Gobierno.

Entiendo que el resto del país estará de acuerdo con que deben introducirse en el Derecho Positivo conquistas --y las denomino así, expresamente-- de esta naturaleza que, dejando de lado preciosismos jurídicos contemplen una realidad que golpea brutalmente y cada vez más a nuestra sociedad todos los días, a tal punto que uno de estos hechos ha ocurrido dentro de las últimas 24 horas.

Recuerdo que cuando presenté este proyecto, no hace mucho tiempo, exactamente fue el 3 de agosto de 1987, se dijo en algunas declaraciones que este fenómeno era una sensación, una ola que luego se retiraba. Tengo en mi poder grabaciones de múltiples entrevistas que se han realizado en ese sentido; en una que se me efectuó con el señor Senador Aguirre --no era él precisamente quien decía esto-- mencioné que los delincuentes, que son muy inteligentes en este tipo de cosas,

actúan como aquellos que efectúan un robo de joyas o de dinero, es decir, dejan pasar cierto tiempo hasta que la sociedad o la expectativa pública se va adormeciendo para recién comenzar a vender sus joyas o el producto del robo, o empiezan a hacer circular los billetes que puedan tener determinada identificación. De esa misma manera, los delincuentes se repliegan cuando observan que el poder público está pronto a adoptar determinadas medidas al respecto y vuelven a delinquir una vez que, aparentemente, ha pasado el impulso o la euforia de los primeros momentos. Esto es lo que sucedió en nuestro país. Expresé exactamente eso, que fue lo que ocurrió. Durante un mes y medio presenciamos un descenso aparente de la delincuencia en el país, que ahora ha vuelto a recrudecer en una forma realmente alarmante y que no se va a detener. Los que tenemos experiencia en este aspecto y hemos vivido circunstancias similares y peores que esta por la que atraviesa la República cuando hubo que enfrentar no solamente la delincuencia común sino también aquella que erróneamente llamamos delincuencia política, sabemos que se trata exactamente del mismo ejemplo que el que estamos viviendo en estos momentos.

De modo que por esas razones somos escépticos en cuanto a las figuras que se nos pretende imponer y creemos que es más conveniente adoptar decisiones de esta naturaleza, como lo han hecho otros países. Podremos o no estar equivocados, pero entendemos que mantener el mismo status, agravándolo hacia arriba por no rebajar el límite de imputabilidad y establecer la verdadera etiqueta que el delito debe tener, nos parece que es sustraerse a la realidad del país y no darle a éste la respuesta adecuada que merece y necesita con urgencia y con angustia.

SEÑOR CAIROLI.- Lamento no coincidir con el señor Senador Cersósimo y voy a dar las razones.

En primer lugar, me atengo a lo que dos especialistas en el tema han manifestado públicamente. Me refiero a las doctoras Viña de Prigue y Barneche de Campos, juezas de menores de 1er. y 2do. Turno, respectivamente. Ellas conocen estos delitos, los tratan y los juzgan, y han señalado que generalmente son cometidos por un grupo de menores que en Montevideo no sobrepasa los 150. En una población de 1:280.000 habitantes --que es la cifra que dio el último censo-- 150 es un número realmente muy poco importante.

Tampoco es cierto que esto sea una estafa de etiquetas. A mi juicio, ésta radica en que ese menor sea condenado con una pena o con un sistema de reclusión igual al de los mayores. Cuando propongo que el límite de imputabilidad quede fijo en los 18 años de edad, estoy expresando que ese menor que comete hechos delictivos no puede ser sometido al mismo régimen, como bien dijo el señor Senador Cersósimo, que se aplica para los mayores. Tiene que ir a un establecimiento adecuado; el Estado tendrá que arbitrar los medios para que, de una vez por todas, el menor sea enviado a un establecimiento adecuado donde pueda ser objeto de una reeducación a fin de poder volver al seno de la sociedad cuando cumpla la edad que el juez determine.

Reitero que es peligroso el criterio de discernimiento en cuanto al establecimiento, porque un juez puede pensar de una manera y otro, de otra.

Vuelvo a insistir en que son las dos juezas de menores las que han expresado que el número de menores que cometen delitos no pasa de 150. Ellas los han identificado y siempre son los mismos. Por otra parte, este dato coincide con los del Consejo del Niño, presente en esa sesión a través de su Presidente, la señora Rena de Fernández Faingold, quien ratificó esa cifra.

SEÑOR CERSOSIMO.- ¡Menos mal que son solamente 100 ó 150, porque si fueran algo más no se podría vivir!

Recuerdo que cuando comenzamos nuestra gran lucha contra la subversión, en 1969, también se decía que eran muy pocos los sediciosos. Sin embargo, hubo que librar una lucha realmente muy cruenta; costó sangre, sudor y lágrimas, para emplear el término en boga de la vieja expresión de Winston Churchill. Primero se dijo que los subversivos no pasaban de 200, después que no eran más de 1000 y, posteriormente, que no sobrepasaban los 2.000. Entonces, si tomamos el dato cuantitativamente, si realmente se trata de 150 menores, no veo qué medida se ha adoptado hasta ahora para reprimir de alguna forma la posibilidad de que se cometan desmanes como los que está sufriendo la población de todo el país.

No veo que el Código del Niño haya dado frutos desde 1934 a la fecha en la forma en que se ha establecido en la norma estructural. Lo mismo sucede con muchos de los Institutos del Código Penal.

Si nosotros releemos el Código del Niño llegaremos a la conclusión de que todo este problema está solucionado, y sin embargo en términos relativos eso no es así, porque hay menores de 12, 14, 16 ó 18 años que están delinquiendo. Por ejemplo, el señor Senador Ortiz tiene un recorte de un diario en el que se habla de un menor de 14 años con 46 entradas y salidas, naturalmente.

SEÑOR CAIROLI.- Pero se trata de casos aislados.

SEÑOR CERSOSIMO.- Pienso que de todas maneras hay que adoptar alguna medida.

Es muy correcto lo que se propone en cuanto al tratamiento del menor y soy partidario de ello. Tan es así que en el propio articulado del proyecto establezco que los menores tienen que ser sometidos a un régimen especial. En el artículo 10 se dice expresamente que se faculta al Poder Ejecutivo para adoptar las medidas que se estimare convenientes.

SEÑOR CAIROLI.- Tiene que haber un lugar específico para el tratamiento del menor y es necesario que se arbitren los medios para ello.

(Interrupciones)

SEÑOR PRESIDENTE.- Recuerdo a los señores Senadores que no se puede dialogar porque hace imposible tomar la versión taquigráfica.

Por otra parte, como Presidente de la Comisión, me considero en el deber de hacer ver amablemente a los compañeros algo que me parece sensato: no hemos invitado a nuestros visitantes para polemizar con ellos.

Además, quiero señalar que hemos citado para la hora 16 y 30 a los representantes del Colegio de Abogados y creo que los profesores que nos visitan tienen que formular algunas otras consideraciones sobre su proyecto y acerca del texto del Poder Ejecutivo.

jes.6

Entiendo que no es conveniente seguir polemizando sobre el tema; pido disculpas al señor Senador por realizar, en tono constructivo, esta observación.

SEÑOR CERSOSIMO.- Pido excusas por haber formulado una serie de consideraciones, pero lo hice solamente con un afán constructivo.

Reitero mis disculpas a la Presidencia, porque entiendo que no debemos dialogar de la forma en que lo hicimos, ya que no podemos entrar en una polémica con quienes nos visitan

Me parece muy atendible la posición, aunque no la comparto, porque estoy honestamente convencido de que esa no es la solución, así como tampoco lo es la propuesta por el Poder Ejecutivo. Entiendo que no es pertinente establecer una medida de seguridad por encima de los 18 años, como aquí se propone, y por un término de hasta 10 años, en lugares prácticamente iguales a los que se encuentran recluidos los delincuentes comunes.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Mesa no tiene nada que excusar al señor Senador Cersósimo, simplemente tratamos de encauzar el desarrollo de la sesión.

SEÑOR BERGSTEIN.- En primer lugar, debemos definir qué es lo que estamos discutiendo. Estamos discutiendo si una franja de la sociedad debe ser introducida en el Derecho Penal del adulto, o si debe existir autónomamente en lo que se denomina el Derecho Penal del Menor.

Entendemos firmemente que no deben rebajarse los límites de la imputabilidad, porque hasta los 18 años nos parece que se trata de una edad que, en términos generales, debe regirse el tratamiento del Estado en función de aquello que es el principio cardinal del Derecho Penal del Menor, cual es la educación.

Si hay un punto en el que estamos todos de acuerdo alrededor de esta mesa y fuera de ella, es que cualesquiera sean las circunstancias, todas las consideraciones jurídicas quedan subordinadas al hecho de que al menor hay que educarlo.

En cambio, el Derecho Penal del adulto se rige, directa o indirectamente, por principios retributivos, de tal manera que a quien comete un delito de mayor gravedad se le va a aplicar una pena más severa, y al de menor gravedad una pena menos severa. Pero puede darse el caso de que un menor o un adolescente cometa un delito de mayor gravedad --hecho que ha ocurrido en nuestro país aunque esto no es conocido por la opinión pública-- y sin embargo su recuperación ha sido más efectiva que aquel que ha cometido un delito de menor gravedad.

Si lo introducimos en el Derecho Penal del adulto, de alguna manera vamos a tener que recoger los principios de la retribución.

¿Qué ocurre con la alternativa que proponemos o apoyamos? Quiero recoger una legítima preocupación de los señores Senadores, que no es privativa de ellos.

Nosotros, los que estamos fascinados por el estudio del Derecho Penal no vivimos en una torre de marfil, sino que comprendemos que existe un límite para el grado de incomprensión que la sociedad puede tener sobre el Derecho Penal; límite que no sólo es importante para la subsistencia del Derecho Penal, sino para el Derecho todo.

No puede ser que la gente crea que diez profesores se sientan en su gabinete y viven de espaldas a la realidad. El Derecho Penal del Menor ofrece soluciones para estos casos extremos, que son menores cuantitativamente. Más allá del hecho de que no se puede legislar en términos generales teniendo en cuenta solamente las hipótesis más radicales, que es un poco la esencia de la técnica legislativa, se encuentra la circunstancia, nada desdeñable, que cualquiera de las formulaciones del Derecho Penal del Menor prevé situaciones que alcanzan a estos muchachos incorregibles.

Entonces, puede ser que el señor Senador Cersósimo nos hable de este problema de las etiquetas. Con los respetos debidos, quisiera invitarlos a reflexionar sobre lo siguiente: es cierto que muchas veces queriendo tutelar al menor se puede entrar en colisión con bienes jurídicos fundamentales. Pero mientras estamos fuera del Derecho Penal del adulto no hemos fomentado en el menor la autoimagen de que su situación es irreversible. Esto es muy importante, porque

la práctica nos demuestra que los casos incorregibles son muchos menos de los que se cree, porque existe un cuadro de inadaptación familiar y humano, problemas psicológicos que se deben reconocer. Se trata de muchachos que desde el vamos la vida les jugó muy duro.

No solamente debemos tener en cuenta el problema de la autoimagen, que creo se fomentaría aplicando una medida similar como medida punitiva, sino que hay diferencias muy importantes.

Por ejemplo si en el proyecto del Poder Ejecutivo --hablo a título personal-- que, en términos generales con una o dos salvedades importantes, me parece interesante, se habla de medidas de seguridad que pueden llevar a la internación en régimen hasta de máxima seguridad, no hay que olvidar que esta medida se toma en función del principio de la educación, porque se analizó a la persona, no a su acción, mientras que la reclusión punitiva que se le va a aplicar al imputado es en función de la acción y no de la persona. Esta es la ecuación que nosotros, francamente, no podemos superar. Entendemos que hasta los 18 años sigue existiendo la posibilidad de la educación.

Muy bien decía el señor Senador Ortiz --lo leí en su exposición de motivos-- que actualmente el muchacho de 17 años no es igual que aquel que vivió en la época en que Irureta Goyena redactó el Código. Pero, también, está sujeto a una serie de influencias disolventes o perniciosas a las que no estaba expuesto el menor de hace 50 años.

¿Qué es lo que sucede? Sólo entonces la explicación, frente a esa defensa social, entre comillas, que se quiere aplicar a estos menores, sería que el Estado carece de los recursos humanos y financieros para adoptar las medidas necesarias para esos casos presuntamente incorregibles.

Creo que éste sería un doble castigo hacia esta gente que la vida tanto castigó, porque quiere decir que de esa forma los vamos a introducir en el Derecho Penal del adulto, debido a que no tenemos más remedio. Esto no estaría bien. Quizás también sería una verdad a medias de la realidad actual.

mu.3
D.626

Aunque no me comprenden las generales, debo decir que actualmente se han obtenido algunos logros importantes en determinadas áreas del Consejo del Niño. En estos momentos estamos todos impactados por los sucesos de Treinta y Tres, y quizá sería una bandera muy poco popular referirnos a las tareas de ese organismo.

Hemos visto y tratado a muchachos que estaban internados y que eran presuntamente incorregibles, a quienes se ha podido recuperar y que, en algunos casos, hasta tienen una familia. En la cafetería del Ministerio de Educación y Cultura han trabajado algunos muchachos que poseían currículos impresionantes.

Así como existe, como decía el señor Senador Cersósimo, una preocupación de la que nosotros tenemos que ser receptivos, los penalistas no somos una mera caja de resonancia; la gente puede guiarse por imágenes que no corresponden con la realidad. Por ejemplo, los medios de comunicación, a los que se refería el señor Senador Ortiz, han sido estudiados en conferencias internacionales de criminología y Derecho Penal y se ha llegado a la conclusión de que además de ser un problema pavoroso, sólo se centra en determinado hecho aislado, sacándose luego todo tipo de conclusiones de orden general. ¿Qué sucede entonces? Que cuando se somete a la persona a este flash informativo, se crea un estereotipo de delincuente que luego es vinculado a eso de que los Jueces no son lo suficientemente severos, ni las leyes tampoco.

Como defensor, creo que los Jueces son bastante severos y que las leyes penales también lo son.

SEÑOR CAIROLI.- Estoy totalmente de acuerdo con lo que ha manifestado el doctor Bergstein.

Por otro lado, tengo dudas acerca de si seguir con algunos elementos o artículos del proyecto del señor Senador Cersósimo que tienen que ver con la minoridad. Por ejemplo, hay un artículo 4º que eleva al doble la pena por participación de menores inimputables. Al respecto, digo que esta disposición ya existe porque está prevista en el último inciso del artículo 59 del Código Penal, agregado por la Ley Nº 14.068, Ley de Seguridad del Estado. Como dije, de acuerdo con el proyecto del señor Senador Cersósimo, el agravante eleva la pena al doble.

La dificultad que veo acá es de técnica del Código Penal. Si se aceptara esta disposición --la que no veo mal; además, está vigente-- habría que modificar algunos otros límites de agravantes, puesto que hay otros muchos más importantes que éste, como el resultado-muerte, por ejemplo en delitos de aborto o de homicidio culposo, donde el agravamiento de la pena no es tan grande como éste. Es decir, habría que modificar un poco el Código para que no se alterara toda su estructura legislativa. En cuanto al resto, no me opongo, puesto que me parece que es importante que la persona que se valga de inimputable, agrave su responsabilidad.

SEÑOR CERSOSIMO.- En consecuencia, se puede presumir que son contrarios a la rebaja de la inimputabilidad.

SEÑOR CAIROLI.- Exacto.

Por otra parte, podría hablar del artículo 1º del proyecto del señor Senador Cersósimo, que es la derogación del artículo 19 de la Ley Nº 15.737, que sería la reimplantación de las medidas de seguridad eliminativas.

Esto es el restablecimiento de la pena y medida de seguridad. Como ya hemos dicho, la medida de seguridad eliminativa es una extensión de la pena, una estafa de etiqueta. No puede negarse que esta medida es de carácter aflictivo; se sufre igual que la pena. Es más: en el artículo 99 del Código Penal se refiere a ella como una pena de penitenciaría, cumpliéndose dicha pena en cárceles. Pienso que la excesiva duración de una medida de seguridad eliminativa, después de una pena, erradica totalmente de la sociedad al delincuente y eso no quiere la Constitución que ocurra. Esta dice, en un artículo muy claro, que el fin de la pena del encarcelamiento de un individuo es la prevención especial, la reeducación y la reinserción social de ese sujeto. Si el delincuente se recupera durante el cumplimiento de la pena, no es preciso que la cumpla toda y luego empezar a cumplir, por lo menos, el mínimo de medida de seguridad eliminativa, como ocurría antes, para poder saber si se ha recuperado o no. Además, en los delitos para los cuales se ameritaría la medida de seguridad eliminativa --que son graves-- ellos son penados con suficiente severidad.

Si el Juez se maneja dentro de los límites legales y tiene en cuenta no sólo la gravedad del hecho, sino algo que muchos olvidan y que está mandado por el artículo 86 --que dice que por el solo hecho de cometer un delito, el sujeto es de mayor o de menor peligrosidad según lo entienda el Juez-- creo que no es necesario recurrir a medidas. Pienso que manejando bien el guarismo de las penas por parte de los magistrados --reitero que estos delitos no tienen penas leves, sino muy graves-- se ejerce un control mucho más eficiente y honesto y, en este sentido, no se disfraza una verdadera pena con el nombre de medida de seguridad.

Este es el comentario que me merece. Incluso, preferiría que se aumentaran las penas antes de poner las medidas de seguridad eliminativas, las que han servido para evitar que se cumpliera uno de los fines de la Constitución, cual es el de la prevención especial y la reeducación del penado.

SEÑOR CERSOSIMO.- El instituto de la medida de seguridad funcionó eficazmente, sin mayores obstáculos, hasta la Ley del 8 de marzo de 1985. Fue entonces que se eliminó por una razón muy concreta: porque los delincuentes llamados políticos estaban sometidos a medidas de seguridad. Para poder disponer su libertad de la forma en que lo determinó la Ley Nº 15.737, era imprescindible que se derogara la medida de seguridad; en caso contrario, no podían ser objeto de libertad anticipada ni de las medidas que la ley dispuso.

Lo que sucede es que los Jueces son renuentes a declarar la virtualidad tal como en algunos casos, preceptivamente, determina el Código Penal, pero es porque en ese caso no puede ser objeto de libertad anticipada.

Por otro lado, no estando vigentes las medidas de seguridad eliminativas, tampoco podían ser objeto de libertad anticipadas aquellos que, además de la pena impuesta, tuvieran la adición de las medidas de seguridad eliminativas.

A su vez, se modificó el artículo 328 del Código de Proceso Penal y se determinó, precisamente por las mismas

razones que ameritarían la modificación de las medidas eliminativas de seguridad, que cumplido el 50% de la pena o de la condena, el penado pudiera quedar en libertad a juicio de la Suprema Corte de Justicia, previas las peritaciones del Instituto de Criminología, del establecimiento carcelario, etcétera; además, a las dos terceras partes de esa condena, que la libertad se hiciera preceptiva.

Quiere decir que prácticamente hay un estado de indefensión. El hecho que se cumplan o no en la cárcel es una cosa, pero lo cierto es que esas medidas estuvieron vigentes durante cincuenta años. Además, es de hacer notar que de alguna manera ocurre lo mismo en otros países, como Alemania, por citar un caso bien claro y conocido. Se trata de modernos Códigos Penales. Según tengo entendido, el Código de Alemania es de 1975.

Por lo tanto, si bien allí se determina, también aquí estuvieron vigentes desde 1974. Por supuesto que no quiero con esto ser sobreabundante, pero digo que si todo eso ha ocurrido desde esa época, en que el doctor Irureta Goyena determinó que el Código Penal tuviera una estructura científica, técnica y jurídica, si todos pacíficamente aceptaron ese instituto y si éste dio buenos resultados, nadie lo discutió; por lo menos, no conozco que alguien lo haya hecho y eso que he hablado con muchos penalistas.

Tengo el honor de ser amigo de muchos de ellos y desearía que esto que estoy diciendo no se crea que lo inventé; es producto de una conversación con un grupo de amigos con el que intercambio ideas.

Son ellos los que me traducen todas las enseñanzas que puedo recibir en este aspecto y que son muchas; si las asimilo o no, eso es otra cosa.

Lo que quiero decir, fundamental, es que todo eso funcionó bien. La estructura de este proyecto que he presentado tiende a que la sociedad, en general, sienta un estado de defensa que le permita sobrellevar todos estos inconvenientes de la mejor manera posible.

mu.7
D.626

Los 18 años constituyen una edad en que la imputabilidad recién puede comenzar a ejercitarse. Si se eliminan las medidas de seguridad, se puede disponer la libertad de cualquier violador.

SEÑOR CAIROLI.- Las medidas de seguridad nada tienen que ver con ese punto.

SEÑOR CERSOSIMO.- No estando vigentes las medidas de seguridad --para eso se derogaron-- una vez que se haya cumplido el 50% de la condena, el procesado puede quedar en libertad. De acuerdo al artículo 328 del Código Penal, la Suprema Corte de Justicia puede disponer la libertad del condenado.

Por otra parte, el artículo 231 del Código Penal fue modificado por la ley del 26 de diciembre de 1944.

Todo esto determina un cúmulo de disposiciones que permiten que delincuentes de alta peligrosidad puedan ser puestos en libertad cuando hayan cumplido las dos terceras partes de su condena, en forma preceptiva. Pero, ¿qué ocurre? Los jueces, en nuestro país, tienen tendencia a que la pena no se cumpla en su totalidad; es corta. El doctor Cairoli hace pocos instantes expresaba que era partidario de que se aumentara la cantidad de años en ese sentido.

SEÑOR BATALLA.- Lo proponía como alternativa.

SEÑOR CERSOSIMO.- ¿A los violadores que están asolando el país se les aplica la totalidad de la pena? Observo a menudo que tienen tres y cuatro entradas a la cárcel, así como otras tantas salidas.

La gente reflexiona con amargura que un violador al que se le pena con seis años de cárcel, transcurridos tres años se le deja en libertad. Si sacamos las medidas de seguridad y no tocamos ningún instituto de seguridad para la sociedad, entonces, ¿qué le vamos a dar como respuesta a todo este tremendo drama que vive el país?

SEÑOR CAIROLI.- Voy a procurar contestarle al señor Senador Cersósimo, aunque no sé si podré recordar todas sus objeciones. Voy a responder con una pregunta. ¿Para qué han servido las medidas de seguridad eliminativas? En general, para prohibir o coartarle al sujeto la salida en libertad anticipada.

De acuerdo a las leyes vigentes por entonces, cuando había una medida de seguridad eliminativa, el porcentaje de años de condena tenía que ser mayor para poderla lograr. Eso se puede obtener hoy en día sin medidas de seguridad eliminativas, o sea, dándole mayor cantidad de años al sujeto para poder salir en libertad anticipada; no tiene por qué salir con la mitad sino con las dos terceras partes, aun sin medidas de seguridad eliminativas. En este sentido, hay que confiar en el buen juicio de la Suprema Corte de Justicia, que concede la libertad anticipada solamente en aquellos casos en que exista, por lo menos como mínimo, buena conducta del delincuente. Por lo tanto, si la Corte tiene pruebas de que ha habido buena conducta, porque parece que está en condiciones de entrar nuevamente a la sociedad, le puede otorgar la libertad anticipada. Esto se puede corregir dándole los dos tercios.

En lo que respecta a que los violadores están asolando el país, tengo datos del Instituto Técnico Forense. Un funcionario que se dedica a las estadísticas nos manifestó que el número de violaciones durante los últimos cinco años se mantenía igual. Incluso, en algunos años había bajado en una o dos.

SEÑOR BERGSTEIN.- Deseo agregar algo a los expresado por el doctor Cairoli, con el cual estoy absolutamente de acuerdo.

En el tema de las violaciones debemos hacer una distinción que creo es insoslayable. La violación es una tipificación que abarca cantidad de conductas muy distintas entre sí, empezando por las diferencias, donde ha habido realmente violencias o amenazas y continuando con aquellas situaciones en que la ley consagra un deber de abstinencia.

No vamos a entrar en un terreno académico, ajeno al sentido de esta reunión. Muchas veces dudé de aquella disposición por la cual la persona incurre en delito de violación si mantiene relaciones sexuales con una persona incapaz en el momento de ejercer el acto. ¿Por qué este incapaz tiene que estar condenado a la abstinencia sexual? Por ejemplo, vale decir que tenemos que distinguir, en todo caso, el consentimiento real o su ausencia, con el agregado siguiente, que es importante.

Frente a lo que expresa el señor Senador respecto a la libertad anticipada en relación con algunos delitos, hay algo en su observación que me parece muy plausible.

Creo que se pueden recoger fórmulas un poco más restrictivas de la libertad anticipada en relación a determinados delitos de los cuales, como dice el proyecto del Poder Ejecutivo, la violación, en donde realmente no ha habido consentimiento, sería uno de estos casos. Podría haber otros delitos de igual gravedad.

SEÑOR CAIROLI.- Por más esfuerzos que hayan hecho los doctrinos y algunos magistrados de este país, nunca se pudo negar que la medida de seguridad eliminativa era lo mismo que la pena. Tanto es así que en el régimen del Código de Instrucción Criminal que rigió hasta el 31 de diciembre de 1980, se sumaban las penas y las medidas de seguridad eliminativas para poder elevar el expediente de acuerdo al artículo 183 de ese Cuerpo de leyes a los Tribunales de Apelaciones en lo que se llamaba la apelación ficta o automática. Es decir, toda sentencia que impusiera una sentencia mayor de tres años de penitenciaría tenía que ser elevada automáticamente al Tribunal de Apelaciones que estuviera de turno. Muchas veces ocurría que un Juez de primera instancia imponía, por ejemplo, dos años de penitenciaría y luego dos años de medidas de seguridad y se juntaban todos como penas, a pesar de que el Código se refería a medidas de seguridad y se elevaban en apelación automática.

Fui Ministro de Tribunal tres años, durante la vigencia del Código de Instrucción Criminal, desde 1978 hasta ahora. Fui Juez de lo Penal dos años antes y Juez de Instrucción cinco años, con anterioridad y siempre se cumplió esto. Se sumaban las penas con las medidas de seguridad, o sea que siempre se consideró la medida de seguridad eliminativa, como tal, como una pena.

Lo que propongo es que se dejen las cosas tal como están, como lo ha hecho muy bien la Ley Nº 15.737 y se vaya al no otorgamiento de la libertad anticipada, poniéndole otros límites a la condena del individuo o, incluso, estableciendo otros límites con los votos de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia. Después, se podrá confiar en el buen criterio y cautela de éstos.

SEÑOR BERGSTEIN.- Pido excusas a los señores Senadores por no respetar algunas formalidades del debate legislativo, pero hago este tipo de interrupciones para no tener que volver, posteriormente, sobre el tema.

Creo que no debemos permanecer al margen de la circuns-

tancia de que hay un cuasi consenso de la doctrina más moderna en cuanto a que las medidas de seguridad eliminativas son violatorias de los derechos humanos, por dos razones. Primero, porque de alguna manera abren el cauce a fórmulas de penas indeterminadas. El Código Penal habla de uno a quince años, si se toman criterios que son absolutamente subjetivos, por cuanto de alguna manera, si se trata de que se condenan en virtud del hecho, tenemos suficientes pautas para individualizar la pena dentro de los guarismos mínimos y máximos. Entonces, si no es el hecho sino la persona la que determina esa medida de seguridad, se entra en un terreno que podría, incluso, ser violatorio de algunas disposiciones constitucionales. La segunda razón es que se considera que penas privativas de libertad que se irían a cuarenta o cuarenta y cinco años, realmente provocan alteraciones inevitables en la estructura síquica del individuo, que son atentatorias de la dignidad de la persona. Vale decir que si bien ese tipo de consideraciones son de un nivel más doctrinario, de alguna manera no deben desestimarse cuando tratamos de aplicar los principios jurídicos a la realidad de la creación legislativa.

SEÑOR GUNTIN.- Como son más de las 16 y 30 y hemos discutido ampliamente el punto, me gustaría conocer la opinión del doctor Bergstein con respecto al proyecto del Poder Ejecutivo. El manifestó que estaba de acuerdo en general, si bien tiene dos o tres salvedades. Deseo saber cuáles son éstas y, además, escuchar la opinión del doctor Cairoli sobre el proyecto del Poder Ejecutivo, porque creo que podemos seguir analizando los dos primeros proyectos sin tener ninguna idea sobre el tercero.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Mesa considera acertada la sugerencia del señor Senador Guntín, entre otras razones porque la delegación del Colegio de Abogados se encuentra en antesala; pero creemos muy interesantes escuchar la opinión del Instituto de Derecho Penal --o por lo menos de dos de sus integrantes-- sobre el proyecto del Poder Ejecutivo y, concretamente, sobre un punto que es el de la suspensión del procesamiento sin prisión.

SEÑOR CAIROLI.- Si se me permite, haré una relación de las observaciones que me merece el proyecto del Poder Ejecutivo, incluyendo dentro de ella, la suspensión de la Ley de Prevención sin Prisión. Respecto al proyecto del Poder Ejecutivo, los artículos 1º y 2º no merecen objeciones; crean un delito que es el comercio y porte de armas prohibidas --que serían

todas las declaradas de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas o de la Policía-- y, además, una falta, en el artículo 2º, como es el uso y retención de armas ilícitas sin habilitación que, en realidad, es una modificación de la falta vigente. Las primeras, las del delito, son armas prohibidas y la potestad, en este campo, se le da, de acuerdo con el artículo 3º, a las Fuerzas Armadas que determinarán cuáles serán las de su uso exclusivo.

SEÑOR ORTIZ.- ¿El doctor Cairoli considera que es lo mismo armas prohibidas que armas declaradas de uso exclusivo? Aquí están diferenciadas; las de uso exclusivo es fácil determinarlas, pero las prohibidas...,

SEÑOR CAIROLI.- Las prohibidas podrán ser determinadas de acuerdo con los técnicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía, es decir, lo que ellos consideren que se puede entender por armas prohibidas.

Si esto no estuviera en el artículo 3º, habría que incluirlo. En él se expresa: "El Poder Ejecutivo determinará el sistema y el tipo de armas y municiones de uso exclusivo del Ejército, la Marina, la Aviación y la Policía, prohibiendo, en consecuencia, su importación, venta, adquisición y tenencia por particulares".

SEÑOR ORTIZ.- Esto contempla una de las hipótesis del artículo 1º: las armas declaradas de uso exclusivo; pero puede haber otras armas prohibidas que no sean de uso exclusivo del Ejército.

SEÑOR CAIROLI.- El "nomen juris" del artículo 200 bis del Código Penal es Comercio y Porte de Armas Prohibidas.

El artículo 2º expresa: "Derógase el inciso 12 del artículo 365 del Código Penal e incorpórase al mismo el artículo 365 bis: 'El que usare armas sin estar facultado para ello...'"

Es decir, cualquier tipo de armas, de acuerdo con el concepto del artículo 293 del Código Penal, que serían las propias o las impropias.

Estas segundas, aunque no sean armas de fuego, son las

que se porten en forma de infundir temor. Se me ocurre que ésta es la interpretación correcta.

SEÑOR ORTIZ.- Mi duda es si hay armas prohibidas por su naturaleza o prohibidas son aquellas para las cuales no se tiene permiso.

SEÑOR PRESIDENTE.- Prohibidas son aquellas que así lo establece expresamente la norma.

SEÑOR BERGSTEIN.- Pienso que puede haber otra explicación, porque hay armas prohibidas, incluso, para las Fuerzas Armadas, puesto que si el señor Senador se refiere exclusivamente a las armas de dicha Fuerza, supongamos que una persona traiga armas químicas que no es de uso exclusivo, por lo cual hay que prever las dos hipótesis.

SEÑOR CAIROLI.- El artículo 4º cambia la redacción del artículo 139 del Código de Proceso Penal, pues donde expresa "podrá revocarse el beneficio de la liberación provisional" se sustituye por "se revocará o se modificará". Me parece bien; después de todo, el beneficio de la libertad provisional es bajo caución, y quien lo obtiene, evidentemente, debe quedar sujeto a una serie de obligaciones que serán objeto de sanción, en el caso de incumplimiento.

Sobre esta interpretación del artículo, a veces los Jueces tienen dudas y esto terminaría con ellas.

El artículo 5º --tratando de realizar un examen a vuelo de pájaro-- proyecta la reforma de la libertad anticipada. En general, no me parece mal; pero no veo la restricción en cuanto al homicidio especialmente agravado, a las rapiñas reiteradas y a las violaciones sin consentimiento. El homicidio de este tipo se pena de quince a treinta años de Penitenciaría.

Si dejamos toda la libertad anticipada --como lo expresé hoy, cuando estábamos conversando sobre el proyecto del señor Senador Cersósimo-- para que se cumpla con las dos terceras partes de la pena cumplida y con cuatro votos de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, creo que la situación se arregla sin limitar delito alguno. Este es un problema de carácter técnico y me rechina en lo que tiene que ver con el espíritu penalista. Las restricciones que se operan a través de un beneficio como es la libertad anticipada, nunca se hacen respecto a delitos, sino con relación a reincidentes o habituales. A delitos, se hacen con la amnistía o con el indulto, pero nunca con una libertad anticipada. Por eso pienso que o se incluyen los reiterantes, o si no, le ponemos la limitación de los dos tercios de la condena y cuatro votos de los Ministros ..

mbf

SEÑOR CERSOSIMO.- ¿Le parecería a usted más racional determinar un plazo genérico de prohibición? Se podría poner que no procederá cuando la condena sea por el máximo legal, según el delito de que se trate, o cuando la pena sea superior a los 25 años de penitenciaría.

SEÑOR CAIROLI.- Eso plantearía una dicotomía con el sistema que establece este tipo de libertades. Personalmente, me seduce más la idea de elevar el término de condena para poder obtener la libertad anticipada. Debemos hacer notar que en la práctica la Suprema Corte de Justicia no concede la libertad anticipada a determinados delitos como ser rapiñas, violaciones y homicidios especialmente agravados.

Este dato lo podemos obtener muy rápidamente --y, personalmente, me ofrezco a traerlo al seno de la Comisión-- ya que el encargado de esa sección es una persona muy responsable y, además, fue compañero mío; lo conozco personalmente y sé que me lo va a proporcionar en el menor tiempo posible. Sin embargo, reitero que a esos delitos la Corte no les da libertad anticipada, salvo que se trate, por ejemplo, de violaciones "ope legis", con consentimiento real de ambas partes.

En cuanto al artículo 6º debo decir que estoy totalmente de acuerdo con él. El Patronato ha demostrado su buen funcionamiento y en todos los países con legislación penitenciaria avanzada se consagra este tipo de solución.

Además, el sistema de la "probation", es decir el caso del individuo que queda en libertad bajo prueba, generalmente se aproxima al del control por parte de un Patronato. Tengo la plena seguridad de que el Patronato de Liberados está trabajando eficientemente y, en consecuencia, considero perfectamente adecuado lo proyectado en el artículo 6º del proyecto del Poder Ejecutivo.

En cuanto a la derogación del artículo 4º de la Ley Nº 15.859, debo decir que también estoy totalmente de acuerdo, ya que contribuye a que los jueces apliquen sin temor esta ley, a la cual me voy a referir de inmediato. Aclaro que me voy a referir al proyecto de suspender el régimen de prevención sin prisión.

Cuando en el mes de abril el Instituto tomó conocimiento de que se había sancionado la ley de prevención sin prisión, los miembros nos reunimos varias veces y consideramos la posi-

bilidad de empezar a salir al interior, a reafirmar los conceptos de interpretación de esta ley que el Instituto había expresado con anterioridad. Fue así que como Director del Instituto viajé a los departamentos de Maldonado, Rocha, Cerro Largo, Rivera, Durazno y Soriano, dando charlas sobre esta ley y siempre con el auspicio de la Asociación de Magistrados locales, y del Colegio de Abogados de cada departamento.

Nuestra preocupación surgió por la falsa interpretación que alguno de los miembros del Instituto --por quien tenemos el más grande de los respetos, no sólo como técnico sino como amigo-- había dado a esta ley. Incluso hay una publicación realizada por este profesor, que nos preocupó, ya que representaba una opinión minoritaria --tanto desde el punto de vista doctrinario como de la jurisprudencia-- del Instituto de Derecho Penal.

En el interior recogimos muy buenos frutos y podemos decir que allí, en la gran mayoría de los casos, esta ley se aplica tal como el Instituto la ha interpretado. En Montevideo, donde los jueces son --y esto lo digo con todo respeto-- renuentes a todo lo que sea conferencias, charlas o problemas de carácter doctrinario, tal vez porque piensen que puede violarse la indepencia del Poder Judicial si es que participan del adoctrinamiento técnico por parte de los miembros del Instituto de Derecho Penal, sabemos que solamente un juez aplica esta ley en forma distinta a la considerada por el Instituto.

Debo decir que el Instituto considera que esta ley simplemente concede a los jueces la facultad de ampliar las posibilidades que les había dado el artículo 71 del Código de Proceso Penal.

Esto lo dijimos en todos los lugares de la República que visitamos, así como también lo hizo el doctor Pressa que recorrió los departamentos de Paysandú, Salto, Artigas, e incluso llegó al Juzgado Letrado de Bella Unión.

Nosotros entendemos que la ley, simplemente, faculta a los jueces a ampliar las posibilidades de procesamiento sin prisión que le da el artículo 71 que había recogido la vieja ley de prevención sin prisión del año 1959. Era un pequeño paso en esta ley de procesamiento sin prisión; pequeño pero firme, a fin de determinar de una vez por todas en la historia de nuestro país --y quizás de muchos-- el alcance de la prisión preventiva. Por primera vez se establecía que la prisión preventiva pasaba a ser una medida cautelar y no un adelanto de pena.

La ley nació por dos motivos. Primero, para darle al juez una posibilidad, una facultad, un simple poder de carácter discrecional, a fin de evitar la crisis de la prisión preventiva, sobre todo cuando ésta es de corta duración. Si la prisión, de acuerdo con el Pacto de San José de Costa Rica, tiene que servir para reeducar y reinsertar al individuo en la sociedad, la prisión preventiva, cuando es de corta duración, no sirve para ese fin, ya que no hay tiempo para que se logre esa meta.

Además, nosotros pensamos que el espíritu del Legislador --debo decir que hemos leído todos los diarios de sesiones tanto de la Cámara de Representantes como de la de Senadores-- no fue crear un drama social, sino conceder la facultad de no disponer la prisión preventiva en casos de delitos leves, en los cuales los jueces muchas veces tienen que hacerse los tontos para no procesar.

(Entra a Sala una delegación del Colegio de Abogados)

Digo esto porque durante cinco años fui Juez de Instrucción en el departamento de Montevideo, así como durante ocho años lo fui a nivel departamental.

Podría enriquecer todo esto con muchísimos ejemplos, pero baste con recordar esos pequeños hurtos en los supermercados, esos disparos con armas de fuego que no estaban dirigidos a ninguna persona, algunos abortos con consentimiento de la propia persona que se lo practica, casos de lesiones leves, etcétera.

Todos estos casos, a nuestro juicio, podían ameritar el procesamiento sin prisión, ampliando las facultades del artículo 71 y siguientes.

Desgraciadamente, el mal manejo de algunas informaciones, la generalización que se hizo de las opiniones de una minoría de magistrados y el consenso general que se materializó en contra de la ley, hizo que ésta cayera en desgracia, por lo que, en este momento, estamos frente a un proyecto del Poder Ejecutivo del cual, a nuestro juicio, ésta es la parte más atacable.

En nuestra opinión, técnicamente, el proyecto del Poder Ejecutivo es el mejor. Sin embargo, pensamos que no se debe derogar la ley de prevención sin prisión, la Nº 15.859 ni las restantes, así como tampoco el artículo 71 y siguientes del Código.

mim.3

SEÑOR CERSOSIMO.- Habría que derogar el artículo 4º de este proyecto.

SEÑOR CAIROLI.- Exactamente; me parece que eso le va a dar mayor seguridad a los Jueces, que en muchos casos no decretan el procesamiento por el temor a tener que pagar una indemnización.

SEÑOR CERSOSIMO.- El doctor Cairoli se refiere a mantener la vigencia de la Ley Nº 15.859 y derogar el artículo 4º de esta ley.

SEÑOR BERGSTEIN.- En primer lugar, quiero expresar mi beneplácito por que se hayan incorporado a esta reunión los colegas del Colegio de Abogados. Quizás en otra instancia podamos trabajar todos de consuno con la Comisión.

Trataré de ser sumamente breve, porque creo que ya hemos abusado del tiempo de los señores Senadores.

Básicamente, consideramos positivo el proyecto elevado por el Poder Ejecutivo porque entendemos que es de transacción. En él se trató de conjugar esa sensación de intraquilidad --justificada o no-- de ciertos sectores de la población, no sólo con lo que exige la doctrina, sino con la racionalidad del orden jurídico.

No voy a reiterar lo que ha expresado el profesor Cairoli, pero debo decir que el repaso de las disposiciones nos muestra la intención de sintetizar el articulado, tratando de econtrar la fórmula adecuada.

Con respecto a la observación formulada por el señor Senador Ortiz, me remito a lo que ya he manifestado en el sentido de que la circunstancia de hacer referencia a armas prohibidas y, además, a aquellas declaradas de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, se debe a que podrían existir armas prohibidas que no han sido declaradas de uso exclusivo de éstas.

mim.4

Refiriéndome estrictamente a las disposiciones más significativas del proyecto, mencionaré el artículo 5º, que es el que modifica el régimen de libertad anticipada.

Quizás en forma más clara que en otros aspectos que incluye este proyecto, este artículo nos parece una norma de transacción, en la que se han establecido varios criterios de diferenciación por la naturaleza de las infracciones cometidas y por el tiempo transcurrido.

Tal vez este proyecto tiene algunas disposiciones más severas que las que contiene el presentado por el señor Senador Cersósimo, pero no reimplanta las medidas de seguridad eliminativas --a las que nos hemos referido con anterioridad-- con las que tenemos tan profundo desacuerdo.

No podemos pretender que este proyecto refleje exactamente lo que nosotros desearíamos y, aunando las diferentes corrientes, los mantendríamos tal como está redactado.

En cuanto al artículo 7º, que deroga el artículo 4º de la Ley de Procesamiento sin Prisión, nada tenemos que agregar a lo que ya ha expresado el profesor Cairoli.

Creemos que el tema a que se refiere este artículo es ajeno al fondo de la ley, que tiene que ver con el tema más amplio y muy importante --que quizás debería ser abordado en forma global-- de los errores judiciales.

Pero estimo que no debemos buscar la solución transaccional del procesamiento sin prisión por el hecho de que existan más o menos errores judiciales.

mim.5

Por otro lado, está la famosa disposición con la que tenemos un profundo desacuerdo, cual es la suspensión de la Ley de Procesamiento sin Prisión por un año. Aprobada esta ley, se perfiló una posición que llevaba el texto legal a una situación radical, entendiéndose que era preceptivo del Juez otorgar el procesamiento sin prisión, cumplidas las condiciones. Creo que las opiniones mayoritarias --incluso las de los Jueces-- son contrarias a esto. Además, algunos de los criterios de la ley son estrictamente subjetivos, como lo es la alarma social, que la resuelve el Juez, y pienso que esto se aplicaría en la misma forma. Pero quizás esa interpretación haya distorsionado el planteo del tema, provocando una desmesurada reacción frente a la novedad.

No nos parece una buena técnica legislativa establecer suspensiones transitorias de una ley, porque eso podría convertirse en un semillero de futuros problemas, en virtud de hechos cometidos antes, durante o después del período que se comprende, cuando las responsabilidades deben efectivizarse en un momento distinto a aquél en que imperaban.

Habría que analizar el tema de las leyes procesales en el tiempo y el ámbito de validez temporal de la ley procesal. Algunos aspectos pudieran hacer cuestionable el hecho de que esto fuera una ley procesal solamente, haciéndonos entrar en un terreno de arenas movedizas.

Por otra parte, aun cuando no disponemos de estadísticas efectivas, podemos mencionar experiencias muy positivas en lo que dice relación con esta ley en los meses en que fue aplicada, haciendo referencia a problemas que han sufrido algunas personas --en ocasiones de cierta gravedad-- en ámbitos profesionales, de la docencia, etcétera. Creo que se trata de un típico caso en el que sólo trasciende el aspecto negativo de la persona que ha vuelto a incurrir en delito y no de la masa de gente que está sujeta al proceso penal y a la que se le impondrá una responsabilidad en el momento de la condena. No se puede dudar que la cautela contra la persona que se quiere fugar o perturba el normal desarrollo del proceso intimidando a un testigo o destruyendo una evidencia, se está convirtiendo en un anticipo de la pena.

Los señores Senadores que tienen una dilatada trayectoria profesional saben muy bien que si había delito, anticipadamente estábamos terminando una pena, cuando esto sólo puede disponerlo la sentencia.

Esto, sin mencionar que se estaba desvirtuando un principio constitucional y legal como el de que nadie puede ser privado de su libertad sin una condena.

Finalmente, quisiera referirme a las dos vertientes del proyecto del Poder Ejecutivo, que son las secciones II y III, que sustituyen una gama de disposiciones del Código del Niño. Originariamente, esas disposiciones debían integrarse al Código Civil, pero en algunas ediciones del mismo figuran como disposiciones interpoladas.

La Sección II se refiere, esencialmente, a los menores de 21 años que están en abandono moral o material; y, la III a los menores de 18 años imputados de haber incurrido en una conducta prevista como delito en la legislación penal. En ambos casos, se han modernizado algunas de las disposiciones del Código del Niño.

En lo que tiene que ver con la Sección III, se recogen una serie de inquietudes que hemos puesto de manifiesto aquí. Incluso las medidas de seguridad que pueden extenderse hasta 10 años tienen varias precisiones: en primer lugar, el Juez de menores puede suspenderlas y sustituirlas en cualquier momento por otro tipo de medidas; en sugundo término, si el menor realmente da pruebas de ser incorregible al cumplir 18 años --y personalmente confieso que tengo mis dudas en cuanto a esta norma-- y ya ha pasado un año internado en dependencias del Consejo del Niño, puede ser, de ahí en más, tratado como un adulto, desde el punto de vista del Derecho Penal.

También es importante destacar que muchas veces, en el ámbito del Derecho Tutelar, involuntariamente se pueden vulnerar derechos fundamentales del menor, entrando en colisión con las finalidades tutelares, por no regir el principio de proporcionalidad entre la gravedad y la necesidad de la tutela.

En este sentido, es importante destacar que este proyecto obvia parte de estas objeciones al establecer la preceptividad del defensor, o sea, al restituir las garantías del debido proceso penal que, a veces, en el ámbito de los Juzgados de Menores pueden involuntariamente pasarse por alto.

Por estas razones, con la salvedad de que, al igual que el doctor Cairoli, discrepamos en cuanto a la suspensión por un año de la ley del procesamiento sin prisión --creo que habría que dejar que siga ejerciendo una tarea benéfica-- en términos generales y superando algunos desajustes menores,

entendemos que el proyecto del Poder Ejecutivo es una fórmula transaccional que puede recoger posiciones que, en teoría como decía el doctor Irureta Goyena, parecen muy antagónicas, pero cuando son llevadas a la creación legislativa, están mucho más próximas de lo que se pensaba.

Muchas gracias.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Comisión agradece nuevamente la colaboración que los señores miembros del Instituto Uruguayo de Derecho Penal han prestado gustosos con relación a los trabajos referentes a este tema tan complejo.

(Se retiran de Sala los miembros del Instituto Uruguayo de Derecho Penal).

(Ingresan a Sala los representantes del Colegio de Abogados del Uruguay)

SEÑOR PRESIDENTE.- Debemos agradecer a los integrantes del Colegio de Abogados del Uruguay su buena disposición para aceptar la invitación que esta Comisión les ha cursado a fin de conocer la opinión del Colegio acerca del tema de la delincuencia en general y su consideración legislativa. En concreto, queremos conocer lo que piensan sobre tres proyectos de ley presentados a la Asamblea General que están siendo estudiados por esta Comisión. Se trata del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo, el del señor Senador Cersósimo y el del señor Senador Ortiz.

Antes que nada, debemos presentar excusas a nombre de la Comisión por la espera involuntaria a que hemos sometidos a nuestros visitantes. También quiero excusarme porque en unos minutos me voy a tener que ausentar en virtud de haber concedido una audiencia a un miembro de la Corporación para el Desarrollo en desconocimiento de que se había citado para esta reunión, porque la semana pasada no me encontraba en Montevideo.

A efectos de abreviar y ganar tiempo, la Mesa se permite sugerir que se comience el trabajo por la consideración del proyecto del Poder Ejecutivo que, evidentemente, es el más complejo y es al que se estaban refiriendo los integrantes del Instituto Uruguayo de Derecho Penal.

SEÑOR TOURNE.- El Colegio de Abogados del Uruguay agradece la deferencia de la Comisión al haberle cursado invitación para tratar un tema que indudablemente reviste alto interés nacional.

El Colegio se preocupó por él y organizó mesas redondas,

requirió estudios de especialistas y acordó con los profesores Gonzalo Fernández, y Rodolfo Schurmann y los doctores Rodolfo Canabal y Eduardo Jovet que, en nombre del Colegio expusieran las conclusiones a que se arribo al respecto, para hacerlas conocer.

En ese sentido, cedo la palabra al doctor Schurman.

SEÑOR SCHURMANN.- Voy a exponer en forma sintética, porque es nuestra intención aportarla a esta Comisión en forma escrita, la posición del Colegio de Abogados del Uruguay y cómo ella fue tomada.

Se trata del fruto de intensas jornadas, cuyas primeras etapas se llevaron a cabo en el Colegio y luego, en forma democrática, con la asistencia de Ministros de Tribunales, de Jueces de la Justicia Penal y de la judicatura minorial, de especialistas, sociólogos y, por supuesto, de docentes.

En realidad, la posición del Colegio se aplica a todos los proyectos hasta ahora propugnados por distintos sectores políticos. Ella arranca de la consideración de lo que son la criminalidad y la criminalización, entendiendo por la primera, como es obvio, las distintas formas cómo se manifiesta el delito en la sociedad y, por criminalización, las formas cómo el Estado combate tal criminalidad. Entendemos que la única visión que puede ser fructífera en esta materia tiene que ser integral, es decir, criminología, política criminal, filosófica y dogmática.

Así se entendió, y en estas jornadas sucesivamente se integraron las mesas con jueces y especialistas, comenzando a considerarse el aspecto criminológico de la criminalidad.

En la consideración criminológica del tema se puso de manifiesto la ausencia absoluta de estudios serios en nuestro país sobre las causas de la sedicente ola delictiva nacional, intensamente publicitada, con la consecuente alarma social. Con respecto a la criminalización se señalaron los riesgos de elaboraciones normativas apresuradas, especialmente la selectividad y discriminación del control social prevalentemente centrado en los estratos más desvalidos de la sociedad, las reacciones penales desmedidas que se transforman en meras expresiones de poder y, por último, la exacerbación del conflito emocional que el comportamiento criminal plantea, todos ellos en desmedro del desentrañamiento de las causas de la criminalidad y de la efectividad de la función que un estado de derecho debe cumplir en los tres momentos esenciales, que son el policial, el judicial y el penitenciario.

En la consideración filosófica del tema, se remarcó la necesidad, en toda creación legislativa, de no apartarse del sustrato del propio ser del Estado y del propio ser del Derecho.

Cuando se analizan fórmulas de criminalización, ya legisladas o proyectadas, no debemos apartarnos de la filosofía del derecho como disciplina de los valores que coloca al hombre, precisamente, en el centro, de la concepción antropológica que desde los comienzos del Cristianismo ha considerado al hombre como fin y, además, de todas las demás corrientes como el kantismo y neokantismo y el existencialismo.

Lo fundamental es que filosóficamente nuestro Derecho ha aceptado al hombre con sus atributos, no al servicio del Estado ni instrumentalizado, sino al revés, es decir, el Derecho y el Estado para el hombre.

Todos estos criterios esencialmente humanistas se reflejan en nuestro Derecho Positivo. Aquí arranca la consideración dogmática de la que no se puede apartar ningún elaborador de soluciones legislativas. Así tenemos normas constitucionales relativas a la seguridad jurídica de las personas; a la tutela efectiva de los derechos fundamentales, inclusive en aquéllos no establecidos en textos expresos; a las garantías procesal-penal; a la criminalidad infanto juvenil especialmente contemplada en la Constitución; a las normas penales consagratorias de la responsabilidad por el acto, por la conducta, no por el autor; a la culpabilidad; a la personalización del castigo; a las normas minoriles contenidas en el Código del Niño tendientes a proteger la persona del menor, procurando su desarrollo integral, pudiéndole facilitar posibilidades de realización.

Todos estos ejemplos marcan la filosofía de un sistema que no se puede dañar con proyectos que lo modifiquen a pretendan modificarlo.

Completa esta visión multidisciplinaria la consideración política criminal. Al respecto, la corriente más aceptada dentro del Derecho Penal liberal es la de quitarle al legislador su condición omnipotente en materia penal, y su sometimiento a principios fundamentales de política criminal, como son los de culpabilidad, estado de derecho y humanidad.

A manera de conclusión general sobre este controvertido y complejo tema de criminalidad y criminalización, se centró el análisis en el estado actual de la cuestión criminal y se le calificó, en estas jornadas, como un momento de criminalidad indeterminada y de criminalización irracional.

ccs.5
D/626

La ausencia de investigación criminológica, inclusive de estadísticas serias, de reflexión filosófica, de verificación dogmática frente a distintos temas y de valoración política criminal ha generado un panorama que para todos nosotros es desolador. Podemos apreciar la creación apresurada de leyes, que han sido prontamente cuestionadas, cuando no derogadas, y la urgente formulación de proyectos que son incongruentes y contradictorios con el pensamiento penal liberal y humanitario consagrado en la Constitución, en el Código Penal, en el Código del Niño y en normas procesales.

Las consecuencias de ese desconcierto son, precisamente, la alarma e inseguridad social.

Criminalidad indeterminada significa falta de análisis sobre sus causas y alcances; criminalización irracional significa propugnar soluciones de control social en contradicción con el sistema jurídico nacional; alarma social significa el reflejo subjetivo generalizado en la sociedad de una situación de inseguridad jurídica.

En esta línea de pensamiento, el Colegio de Abogados del Uruguay con toda humildad formula un llamado a la serenidad, a la ponderación y a la consideración científica integérrima de la cuestión criminal.

Resaltamos en los proyectos aludidos un marcado retroceso a modelos jurídicos penales abandonados y felizmente superados, como el inquisitivo en materia procesal con su tesis de la prisión preventiva como regla y el positivista en materia propiamente penal, con su aberrante propugnar plural de una delincuencia anómala, de una sociedad perfecta, consensuada, expresiva de una escala de valores ilimitados, de ninguna manera constructiva; de una defensa social selectiva que se le brinda a los estratos medios de la sociedad, no extendiéndola a los marginados; de una estimación externa de la criminalidad, desde afuera y, finalmente, de un control social, tanto más justo y eficaz, cuanto más represivo.

Para el Colegio de Abogados del Uruguay, la verdadera solución al problema de la criminalidad no está en el Derecho Penal ni en la represión de la prevensión que esta disciplina científica postula.

La represión carece en sí misma de finalidad y la otra es llevada a cabo en un medio criminógeno de efectividad.

De nada vale reprimir por reprimir, salvo satisfacer sentimientos vindicativos o expiacionistas y de nada vale

prevenir amenazando con la sanción o aplicando terapias educativas, cuando tácitamente se acepta que las causas de la criminalidad permanezcan activas.

El esquema de la recaída en el delito, ya sea reincidencia o reiteración, pasa a estar constituido por un círculo vicioso, dramáticamente invariable: delito, privación de libertad, retorno al medio social y nuevamente delito.

Para terminar reitero que entendemos que la verdadera solución del problema de la criminalidad está en la prevención, pero no en la prevención punitiva; está en la prevención social, alimentando otros sectores como bienes y valores fundamentales: educación, salud, trabajo, familia, vivienda, así como todos aquellos otros que afectan las posibilidades de autorrealización y bienestar humano.

Finalizamos nuestra exposición, con estas palabras: en clave de Naciones Unidas, como resultado de sus investigaciones y evaluaciones, la tan mentada crisis de la justicia penal, no es una crisis del Derecho, sino de la política social del Estado.

Dejo para los miembros de la Comisión el texto íntegro del informe realizado por nuestro Colegio, y los aspectos particulares del tema, van a ser analizados por el profesor Gonzalo Fernández.

Sin perjuicio de compartir íntegramente las recientes afirmaciones del doctor Schurmann, quiero agregar brevemente que mediante los diversos proyectos de ley en juego, se está atacando una represivización del sistema penal general, lo que supone, de algún modo, actuar sobre las consecuencias y no sobre las causas del fenómeno delictivo, sin olvidar que toda política criminal forma parte de una política social integral y, en el caso, las palabras que la catedrática de Derecho Penal, de la Facultad de Derecho, la doctora Reta, pronunciara meses atrás cuando advertía la prudencia que debe tenerse para no dictar leyes penales al influjo de la alarma.

ccs.7
D/626

Creo que en homenaje a la breve no vale la pena formular un estudio exegético de los diversos proyectos en juego, pero, sí, abordar quizás los grandes temas considerados por todos ellos puntualmente.

El primer problema es el de la rebaja del tope etario de la inimputabilidad penal. Somos francos y decididos opositores a ello, por cuanto en el Derecho Penal moderno, las soluciones comparadas en el mundo contemporáneo, llevan a que los países vuelvan lentamente a los dieciocho años de edad como tope etario mínimo de inimputabilidad penal, sin dejar de reconocer que hay sistemas de Derecho Comparado don de la imputabilidad penal comienza a los dieciséis años. Pero, en el fondo, el problema de la edad es engañoso, porque en tales sistemas existe una verdadera regulación del Derecho Penal Juvenil, de acento marcadamente tutelar y distinto al sistema penal de adultos.

Por ello, no somos partidarios de rebajar el tope mínimo de inimputabilidad y tampoco somos partidarios de esa suerte de imputabilidad diferida, que ha cristalizado en el proyecto del Poder Ejecutivo, en el sentido de que cuando el menor cumple sus dieciocho años y luego de haber permanecido internado un mínimo de un año, éste pueda ser "trasegado" a una cárcel de adultos por un hecho que ha cometido en el pasado, cuando aún era legalmente inimputable. Nos parece que esa solución elíptica y oblicua consagra una imputabilidad diferida en el tiempo, hacia el futuro.

El otro problema muy debatido y cuestionado es el de la derogación o suspensión transitoria de la vigencia de la Ley de Procesamiento sin Prisión.

Estimamos que esa es una Ley saludable y que nuestro sistema penal necesitaba urgentemente, el que ha arrojado resultados positivos. Creemos que falta una estadística que permita suponer que la aplicación de esa ley en el proceso penal haya generado por sí misma una tasa de reincidencia que justifique, en aquellos que se encuentran en la residiva de sujetos beneficiados con la exoneración de preventiva, suspender la vigencia de la ley. Las estadísticas difundidas por la Suprema Corte de Justicia dan cuenta de un manejo muy prudente y cauteloso por parte de los Jueces penales más allá de alguna discrepancia en cuanto a la tasa de procesamiento sin prisión que han decretado y que normalmente corresponden a sujetos sin mayor peligrosidad, con delitos leves; generalmente, delincuentes ocasionales.

jac.1
D/626

Por otro lado, y lo dejamos simplemente apuntado, somos fervorosos partidarios de un sistema procesal acusatorio y no del sistema inquisitivo donde la prisión preventiva es un poco el mito y la esencia de todo el proceso y que dificulta enormemente obtener luego la reparación de ese daño indeleble que se ha inferido al procesado si recayera una sentencia absolutoria.

En tercer lugar, tampoco somos partidarios de las medidas restrictivas al régimen de libertad anticipada y esto hasta por razones de naturaleza jurídica del instituto.

La liberación anticipada es un beneficio que otorga la Suprema Corte de Justicia en atención y valoración a la personalidad del reo y a los efectos del tiempo de reclusión carcelaria. No pensamos, entonces, que en forma apriorística deba restringírsela o excluírsela para cierto tipo de delitos, porque significa sostener que hay delincuentes en los cuales la prisión no surte ningún efecto; detrás de eso, está la idea positivista de la incorregibilidad.

Finalmente, tampoco participamos por los motivos ya expuestos, de la revocación preceptiva de la excarcelación provisional. De algún modo, el proyecto del Poder Ejecutivo sugería elípticamente, ante la hipótesis de una reincidencia, la disposición por la que obligaría a los Jueces penales a comunicarse entre sí los procesamientos. Insistimos en que consagrar ello supone entronizar la prisión preventiva como gran pena en detrimento de lo que debiera ser el proceso penal democrático regido por los principios conocidos del sistema acusatorio.

Por último, queremos referirnos a la objeción que hace a la consagración en el proyecto del Poder Ejecutivo, entre otras figuras penalmente vinculadas a las armas, del delito de tenencias de éstas. Todo el Derecho Penal contemporáneo reniega de la punición de las tenencias de armas, sobre la base de que castigar la tenencia de algo es infringir el principio de "nullum pena sine conducta", porque la tenencia supone una situación pasiva y neutra donde no ha habido aún actuación positiva. No nos parece, hasta por principio general saludable, mantener nuevamente una norma penal en blanco con un listado que pueda ser completado por el Poder Ejecutivo, solución que no es nueva en el Derecho Penal uruguayo, puesto que ya aparece en la Ley de Estupefacientes. La norma penal en blanco, con delegación legislativa, vulnera --tal como

la doctrina contemporánea lo enseña-- el principio de legalidad o reserva legislativa en la medida que difiere al poder administrador la facultad de integrar preceptos penales.

Esta es, brevemente, mi opinión sobre lo que creo son los grandes temas, sin perjuicio de aclarar o de evacuar las interrogantes que los señores Senadores crean del caso.

SEÑOR CERSOSIMO.- Quisiera saber si las opiniones que se han dado son a título personal o reflejan la del Colegio de Abogados.

SEÑOR SCHURMANN.- Lo que he expresado constituye la opinión del Colegio de Abogados y ella ha sido producto de un estudio que pretende ser integral de toda la problemática social del delito.

SEÑOR FERNANDEZ.- Por mi parte, debo decir que concurro aquí como integrante del Colegio de Abogados y mandatado por su Directorio y no en mi condición de docente de la Facultad de Derecho.

SEÑOR CERSOSIMO.- Lo que sucede es que nosotros agotamos toda nuestra dialéctica con los integrantes del Instituto Uruguayo de Derecho Penal. Es decir que la posición precedentemente expuesta coincide sustancialmente con la de los delegados del Instituto a que he hecho referencia. Por ejemplo, en lo que dice a la rebaja de la imputabilidad está de acuerdo la posición sustentada por el Instituto Uruguayo de Derecho Penal, y la que acaba de sostener el doctor Fernández. En lo que atañe al procesamiento sin prisión, ellos sostienen que debe mantenerse la plena vigencia de la Ley de Prevención sin Prisión, con derogación del artículo 4º, o sea, de la sanción que el mismo dispone para los Jueces que la hubieren dispuesto en los casos de que esa prisión preventiva excediere de la que hubiera correspondido, de acuerdo con la que sobreviniere posteriormente a la sentencia. Ellos son partidarios de mantener la ley y derogar el artículo 4º.

Creo que esa es la posición que ha sostenido el doctor Fernández.

SEÑOR GUNTIN.- Creo que esos son los únicos aspectos coincidentes de las posiciones manifestadas. Digo esto no para contrastar la opinión de los abogados con la de los anteriores, sino para que conste en la versión taquigráfica.

Los doctores Cairoli y Bergstein dijeron que estaban de acuerdo con todo el proyecto del Poder Ejecutivo, pero con esas salvedades. Si no entendí mal, la posición que expresó el doctor Schurmann es que no estaba de acuerdo con ningún proyecto y que había que legislar sobre salud, educación y vivienda.

SEÑOR SCHURMANN.- Esa es la posición del Colegio de Abogados que refiere a las causas de la criminalidad y entiende, esencialmente, que la sola criminalización llevada a cabo por el Derecho Penal es insuficiente para resolver toda esta compleja problemática.

Hoy parece que se ha dado una situación que es paradigmática frente al problema. En el diario "El País" de hoy encontramos tres noticias que plantean las situaciones de la criminalidad y de la criminalidad en minoría. Una de ellas se refiere a cuatro niños en condiciones infrahumanas de abandono, en un entorno habitacional de características de promiscuidad poco creíbles; merced a las denuncias esto se puso en evidencia. Otra indica que un punguista de 12 años, con 46 anotaciones en Comisarías, fue detenido infraganti.

El diario "Ultimas Noticias" presenta el caso de un niño de 9 años que cometió una rapiña con armas.

Quizás lo más detonante sean las denuncias de lo que ocurrió en el reformatorio de la ciudad de Treinta y Tres. Al respecto hay un detallado informe sobre casos de menores con cicatrices, muestras de apaleamiento, duchas frías en la madrugada, amordazamientos, plantones y otros suplicios tales como los de encerrarlos en una heladera como castigo.

Me pregunto si este punguista de 12 años, con 46 anotaciones en Comisarías, no será uno de estos muchachos que vivieron en condiciones infrahumanas y que luego de su primer delito haya sufrido la experiencia de un reformatorio a la uruguaya.

SEÑOR CERSOSIMO.- Estamos de acuerdo. Pero, ¿sabe cuánto hace que vengo oyendo lo que usted manifiesta con tanta elocuencia acerca de las causas que originan toda esta problemática? Hace 53 años que lo vengo escuchando, desde que se sancionaron el Código Penal y el Código del Niño.

El Código del Niño, prácticamente liquidaba todos estos problemas. Mediante las disposiciones estructurales programá-

ticas no iban a existir todos estos dramas que conmueven a la ciudadanía entera.

Nadie puede dudar que el sentido criminológico que se le da a esas decisiones, la parte pedagógica, las medidas curativas, sean muy eficaces. ¿Quién se puede oponer a ello? ¿Quién puede ignorar que existen causas de esa naturaleza y ese submundo que surge a través de la lectura de estas informaciones?

Está perfectamente claro que es preciso tomar medidas al respecto. Es necesario que la sociedad esté defendida, porque su seguridad está siendo llevada a sus últimos extremos.

Siento alegría cuando oigo decir en esta Sala que el número de violaciones en la actualidad es igual al de hace treinta años. Sin embargo, no creo que sea así debido a la existencia de estos tremendos problemas, sobre todo lo que se relaciona con impúberes. ¿Es que frente a determinados ilícitos nosotros agrandamos la magnitud del problema? ¿Hace treinta años existían estos copamientos en que se violan mujeres, hombres y niños? ¿Cuándo vimos que esto ocurriera antes?

Repito que a consecuencia del proyecto de ley que presenté me han hecho algunas entrevistas distintos medios de difusión. A algunas de ellas han concurrido jerarcas de nuestra Administración, así como juristas y especialistas en otras disciplinas y manifestaron que este era un empuje de la delincuencia, que luego desaparecería, que iba a pasar como ocurre con todas las cosas. Yo expresé que consideraba que se produce un repliegue, ya que el delincuente cuando observa que se van a tomar medidas, desaparece. Así como cuando quien comete un hurto y roba joyas, espera que pase el momento de conmoción y luego las vende --en la misma forma procede el reducidor-- de igual forma procede el delincuente. Deja que transcurra cierto tiempo a los efectos de que pase la ola de medidas represivas en cuanto a violadores, homicidas, copamientos y todo lo que se relaciona con delitos de esa naturaleza. Luego de ese lapso, se observa que incurren en los mismos ilícitos y aun, con más gravedad.

Sin embargo, vimos que después de cierto lapso volvieron a cometerse los mismos ilícitos con más gravedad. Eso lo habíamos previsto.

Por lo tanto, me parece muy bien lo que expresa. Quizá no con la elocuencia, profundidad, conocimiento e ilustración con que usted lo manifiesta --así como también el doctor Gonzalo Fernández-- lo suscribiría totalmente. Si usted me lo da, yo se lo firmo, como medida de largo plazo, casi onírica de lo que desearíamos que ocurriera en el país, en un lapso más o menos breve.

Pero, mientras tanto, ¿qué hacemos con ese discurso?

SEÑOR SCHURMANN.- No es un discurso jurídico, en los términos que le damos los penalistas; todo lo contrario: el discurso político, el jurídico, el elocuente, de valoración o apreciación de un problema. El Colegio de Abogados ve con sorpresa que en el Uruguay no se ha indagado debidamente el problema de la criminalidad. En nuestro país no existe un estudio criminológico, no hay estadísticas serias. Ese es el primer imperativo que surge del Colegio, que ha querido ser sumamente moderado en sus planteamientos.

Además, exige que cualquier proyecto acepte la filosofía de todo nuestro sistema, la del Código Penal y la de la Constitución. En materia de menores se lesionan normas constitucionales expresas y lo mismo sucede en lo que tiene que ver con el aspecto procesal. Hay que buscar soluciones que sean efectivas, pero siempre siguiendo un orden. No es un discurso que se oye desde hace cincuenta años; si se le tilda de discurso, éste es verdaderamente dramático y realista, y nos cuesta enormemente hacerlo, como uruguayos.

SEÑOR GUNTIN.- ¿Qué proyecto sobre educación, vivienda o salud sería necesario aprobar para terminar con el problema de la criminalidad?

SEÑOR SCHURMANN.- Esa es una respuesta que se la deben pedir a los especialistas.

Nosotros estamos en la consideración penal y, como lo expresé al principio, con toda humildad decimos que nuestra disciplina no puede solucionar un problema de esta naturaleza. Por ejemplo, en materia de menores, se habla de bajar la imputabilidad.

SEÑOR GUNTIN.- Sólo en alguno de los proyectos.

SEÑOR SCHURMANN.- Ese problema ya lo superó hace cincuenta años Irureta Goyena y a él vuelven todos los penalistas del mundo. Recientemente, hablábamos con el profesor Fernández de lo que está pasando en España, donde se intenta volver a los dieciocho años como edad mínima de imputabilidad.

SEÑOR CERSOSIMO.- Hay penalistas españoles que sostienen que no debe volverse.

(Dialogados)

SEÑOR SCHURMANN.- La esencia del pensamiento de Irureta Goyena sigue vigente. El límite de la edad es un problema secundario, lo esencial es que el infanto juvenil, el joven adulto y el menor, deben tener un derecho minoril penal, procesal y un tratamiento totalmente distinto. Dentro de poco, ustedes van a conocer la realidad, porque esto va a ser investigado. ¿Qué son nuestros reformatorios? ¿Qué se ha hecho? ¿Cómo salen de allí las personas? Estos muchachos que salen de una heladera, luego matan, no violan. Ese odio se lo estamos fomentando todos nosotros.

No es un discurso el nuestro, señor Senador Cersósimo.

(Dialogados)

SEÑOR FA ROBAINA.- Señor Presidente: como integrante de la Comisión pido excusas --no sé si los demás miembros de la Comisión participan de mi pensamiento-- a la distinguida delegación que representa al Colegio de Abogados. Para mí se da una situación insólita a lo que es habitualmente el régimen de trabajo de las Comisiones.

Cuando ésta u otra Comisión, para abordar temas que tiene a estudio, recaba el asesoramiento de instituciones especializadas, lo hace para documentarse de la mejor manera posible y para intentar legislar correctamente. Si hay algo que no debe plantearse en este tipo de reuniones, es la polémica, porque carece absolutamente de sentido.

Nos satisface el relevamiento y tomamos nota --para ello tenemos la versión taquigráfica-- de la posición que nos ha expuesto con toda claridad el Colegio de Abogados. Después, en la deliberación interna de la Comisión, podemos participar o discrepar en algo o en todo con la posición que, tanto del Colegio de Abogados como de la Suprema Corte de Justicia o como el Instituto de Derecho Penal, puedan habernos hecho conocer. Pero lo que no corresponde es entrar a polemizar. Distinta es la situación cuando se suscita una duda donde, naturalmente, está impuesta la pregunta para que quede aclarado el concepto que se expuso.

Tanto de la exposición que ha realizado el doctor Schurmann como el profesor Fernández, queda muy claro que, sin haber ellos entrado a particularizar en los dos o tres proyectos que les sometimos a consideración, se ha hecho una disección de lo sustancial en este tema. Entonces, tenemos una posición muy clara de lo que piensa en este caso concreto el Colegio de Abogados a propósito de los temas que están insertos en este proyecto.

En consecuencia, señor Presidente, sin que mi propósito sea coartar el derecho a seguir deliberando --siempre es amable y grato el intercambio de opiniones-- creo que la misión del Colegio de Abogados está harto cumplida. Sus integrantes no pueden haber sido más explícitos y claros.

Lo que creo que no corresponde --y pido excusas al señor Senador Cersósimo-- es iniciar una polémica, porque sería una historia de nunca acabar. Lo mismo podría haber ocurrido con el Instituto de Derecho Penal o, mañana, con el dictamen que nos haga llegar la Suprema Corte de Justicia. Esa no es la finalidad de la Comisión. Lo que sí corresponde es valorar --este aspecto siempre lo he subrayado, cada vez que la circunstancia se ha suscitado-- el aporte que el Parlamento, a falta de servicios especializados, que no los tiene porque somos un país pobre, requiere de los especialistas en los distintos temas. Ellos son los que asesoran a las distintas Comisiones de una u otra Cámara cuando ellas se empeñan en la tarea de legislar.

Si en cierto momento, alguno de los miembros de la delegación puede haberse sentido molesto por el apasionamiento, que se justifica, del señor Senador Cersósimo, les pido excusas.

(Dialogados)

SEÑOR CERSOSIMO.- Si las explicaciones que dí no han sido expresas y claras, presento mis excusas más formales. Además, mi estilo es absolutamente contrario a lo que indica el señor Senador Pá Robaina. Tengo un sentido de cordialidad; además soy amigo personal del doctor Schurmann. Pongo de manifiesto, de manera clara, su ilustración y capacidad.

Además, esa no es nuestra misión en presencia de invitados a quienes tenemos el honor de recibir y a quienes agradecemos su ilustrada colaboración. Simplemente, y dado que nos había impresionado en forma particular la exposición de principios realizada por el doctor Schurmann, nos interesaba expresar que considerábamos que había que tomar medidas inmediatas, las que yo suscribiría, no con la ilustración e inteligencia del doctor Schurmann y del profesor Fernández.

En síntesis, lo que queríamos saber era cuáles entendían ellos debían ser esas medidas inmediatas a tomar. Repito que esa pregunta la hice, no en tono de polémica, sino con humilde voz de consulta.

SEÑOR FERNANDEZ.- Señor Presidente: muy brevemente, en el entendido y respeto escrupuloso de no entrar en la polémica, quisiera aportar un par de ideas surgidas a lo largo de la conversación.

Aquí se ha hablado de procurar medidas para terminar con el problema de la delincuencia y quizá el enfoque no sea acertado. La delincuencia es un fenómeno endémico de toda sociedad, de modo tal que, si por terminar entendemos suprimir, estamos ingresando en un penalismo utópico.

Además, me parece importante destacar --y sobre todo porque el señor Senador Cersósimo ha hecho alusión a la doctrina española que así lo sostiene-- que el famoso efecto disuasor de la pena en el Derecho Penal moderno ha dejado de ser el fundamento de legitimación de la ley penal y del derecho de castigar del Estado.

Hoy por hoy, el gran verbo es la resocialización. En otros países existen constataciones estadísticas muy claras e irrefutables que muestran que la cuestión criminal no se inhibe ni descaece por el incremento de las sanciones o la severización del sistema. A vía de ejemplo, en la legislación norteamericana, la reinstitucionalización de la pena de muerte, incluso para menores de 15 años, no ha logrado inhibir este tipo de conducta criminal.

Estas eran las aclaraciones que, sin tono polémico, quería realizar.

SEÑOR CANABAL.- Señor Presidente: quisiera hacer algunas puntualizaciones con respecto a lo que aquí se ha planteado,

así como también en relación a las manifestaciones realizadas por el señor Senador Fá Robaina.

En cuanto al primer punto, es evidente y surge de las exposiciones de los doctores Schurmann y Fernández, que el punto de vista del Colegio de Abogados no coincide con el de los proyectos. Entendemos que los proyectos propiciados tanto por el Poder Ejecutivo como por algún señor Senador no son solución al problema que está planteado. Es necesario aclarar este punto, sin perjuicio de que se puedan analizar aspectos particulares de esos proyectos, ya que en algunos temas, por ejemplo en lo que tiene que ver con la regulación de los procedimientos en la justicia de menores, puedan haber elementos aceptables.

Eso es lo que el Colegio de Abogados ha venido a decir con toda claridad, para que no haya ninguna duda.

Con respecto a las manifestaciones del señor Senador Fá Robaina pido que se me disculpe por lo que voy a decir, pero no quisiera que el silencio se tome como aceptación. Aquí nadie ha venido a polemizar. En este tipo de reunión es normal que si se plantean consultas, cada uno dé su opinión porque, de lo contrario, estas sesiones no servirían para nada.

No es habitual, sino todo lo contrario, que se haga una exposición, luego de la cual los expositores se retiren. En este caso el Colegio agradece el honor que significa esta invitación y lo que hemos expresado no tenía el carácter de polémica. Pero digo que aunque se hubiese entablado una polémica, ello no tendría nada de malo.

Noto una cierta molestia por el hecho de que hay una posición discrepante, y ello me preocupa. No sería sincero si a título personal no hiciera esta puntualización.

SEÑOR ORTIZ.- Antes de finalizar esta reunión reiteramos nuestro agradecimiento por la presencia de los ilustres visitantes, así como por sus valiosísimas opiniones. Pensamos que no es de extrañar que haya polémica porque ese es el carácter del tema y sobre el cual, opiniones o hechos posteriores pueden hacer cambiar una posición original. Por ejemplo, aquí tengo uno de los muchos reportajes hechos a la doctora Reta donde, en forma terminante, dice que la solución no está en modificar la legislación. Sin embargo, ahora ha

cambiado de opinión y ha puesto su firma a este proyecto modificativo de la legislación. En otro reportaje dice que desde el punto de vista penal no es represivo sino educativo, y en este proyecto vemos que hay algunas disposiciones netamente represivas.

Además, quiero señalar la preocupación que tenemos por el hecho de que se considere el haber propuesto la rebaja de la edad de la imputabilidad como algo que es fruto de un pensamiento salvaje. Tal vez sea una opinión minoritaria, tanto en el mundo como dentro de los penalistas, pero, sin embargo, debo decir que no es una opinión tan minoritaria como se cree. El señor Senador Cersósimo, antes de que llegaran nuestros invitados, nos leyó una lista de países en los que la edad de imputabilidad no alcanza a los 18 años. Una de las legislaciones más modernas debe ser la soviética que dice que los menores de edad que hubiesen cumplido 12 años, hallándose convictos de robo, violencias, lesiones corporales, mutilaciones, homicidios o tentativas de homicidio, serán perseguidos criminalmente con aplicación de todas las medidas penales. Es decir que aún las sociedades más avanzadas recogen este tipo de pensamiento que ustedes no comparten y que nosotros respetamos.

Finalmente, y sin entrar en la polémica --aunque comparto las palabras del doctor Canabal-- quiero decir que las polémicas hechas en el tono en que se han realizado hasta el momento siempre son constructivas. Debo decir que nosotros no somos juristas ni penalistas, sino políticos; en consecuencia, tenemos que enfrentar lo que estimamos como una especie de clamor popular. Así, nos encontramos con que recibimos llamadas y nos entrevistamos con mucha gente que nos expresa que hay que hacer algo a este respecto. De compartir el pensamiento de ustedes, nosotros tendríamos que responderles que vamos a hacer reformas en las instalaciones del Consejo del Niño, en los albergues, etcétera. Sin embargo, todos sabemos que esto hace 40 años que no funciona y, aun contando con los fondos y poniendo la mejor buena voluntad recién funcionaría plenamente dentro de algunos años. No sé si eso satisface las necesidades del país.

Por eso, y respetando vuestra opinión, me atrevo a preguntar si ustedes tienen alguna fórmula sustitutiva de este intento que se hace y si creen que por la vía de una ley, que es lo que está a nuestro alcance, se puede disponer de otra medida que no sean éstas, las penales que están a estudio.

tv.3

No tenemos aquí una oficina que nos permita calibrar exactamente si la gente que se queja lo hace por un sentimiento, por seguir una ola de alarma social ficticia o porque realmente está angustiada, porque cerca de su casa asaltaron a una persona y piensa que no puede salir, que no puede dejar solos a sus hijos, etcétera. ¿Debemos menospreciar todo esto y decirles que se olviden, que habrá una solución para todo esto dentro de 20 años? No sé si podemos hacer esto, porque como políticos tenemos una responsabilidad. Es en este sentido que pedimos, no sólo el asesoramiento, sino la ayuda que nos puedan brindar. Como distinguidos habitantes de este país, ustedes no pueden ignorar la angustia colectiva que se vive.

Esas personas cuyas casas han sido asaltadas, y cuyos familiares han sido asesinados por menores de 13 años que portaban pistolas calibre 45 ¿podrán quedar satisfechos si les decimos que vamos a empezar a corregir lo que les ha pasado dentro de equis cantidad de años? Creo que no. Tenemos el deber de contemplar estas situaciones, sin importar si es la mayoría o la minoría los que se quejan por ello, porque se trata de personas que viven en este país y nosotros debemos atenderlas.

¿Creen ustedes que puede haber alguna solución por la vía legislativa, sin ser ésta, que veo que repudian? ¿Existe otra fórmula? ¿O prefieren que no se legisle en esta materia, volcando los esfuerzos a que el Gobierno, el Parlamento o los partidos políticos pongan en marcha medidas de otra índole?

SEÑOR CANABAL.- Quiero expresar que no hemos hecho ningún juicio de valor sobre las opiniones que se han sustentado. Sabemos que el tema de la edad de imputabilidad ya se discutía en el año 1955 y era un tema opinable. Nosotros no compartimos lo que se ha dicho, pero es una opinión técnica y no pretendemos calificar a quienes opinan de otra forma, pues respetamos todas las posiciones; simplemente expresamos qué es lo que nosotros sustentamos.

Aclaro esto, porque no quedaría tranquilo conmigo mismo si no lo hiciera.

Por otra parte, debo decir que realmente entendemos que en este momento no es posible solucionar el problema plantea-

do --y en algunos aspectos es grave-- mediante la modificación de la ley penal. Se nos pregunta qué solución podemos hallar. Quizás podría mejorarse la actividad preventiva policial que, tal como lo expresó el señor Ministro del Interior hace pocos días, tiene grandes dificultades para manejarse, porque sus condiciones de equipamiento y demás son realmente lamentables y se están realizando enormes esfuerzos por modernizarlas. Expreso esto a título personal, pero creo que no es difícil advertir que no hay presencia policial y no debemos olvidar que su función es, fundamentalmente, preventiva, por lo que, si no es adecuada, no se pueden impedir muchas de las cosas que suceden. Sin duda, tal como lo expresaron los doctores Schurmann y Fernández, aunque las condiciones de la policía mejoraran, igual se seguirían cometiendo delitos, pero seguramente no serían tan frecuentes.

En el ámbito de las medidas administrativas, veo que eso es lo poco que se puede hacer, pero creemos que es lo que realmente puede tener eficacia.

Consideramos que la modificación de la legislación no soluciona la problemática que se quiere enfrentar en este momento. Esto no se resuelve con leyes.

A título personal, quería aclarar esto.

SEÑOR SCHURMANN.- Aunque pueda resultar reiterativo, deseo señalar que la idea del Colegio de Abogados, como medida inmediata, es que se realice una consideración criminológica seria del problema, un estudio de sus causas y de su alcance. Creo que eso es algo que se puede exigir: conocer la dimensión del problema.

También debo reconocer que nuestra posición no es, en modo alguno, positivista; no estamos sosteniendo que el sistema penal sea perfecto, porque entendemos que hay muchos puntos que pueden reverse.

Debo manifestar que vamos a tratar cada uno de los problemas y, en lo posible, a sugerir soluciones. Por ejemplo, consideramos que en materia de menores es necesario cambiar todo el sistema, que no me animo a llamar "penitenciario", porque creo que cometería un pecado. Para un penalista, no es posible hablar de penas ni delincuentes menores; se trata de infractores que cometen delitos de adultos y pienso que de ninguna manera debe decirse que como no son adultos, tampoco son delincuentes.

tv.5

Hace muchos años, se planteó el atroz problema de la realidad carcelaria nacional, por lo que el Gobierno designó a tres especialistas, entre los que formaba parte como representante del Poder Ejecutivo --fui designado por el General Gestido-- para estudiar el tema. Surgió, entonces, la ley penitenciaria que se aplica actualmente, que es una experiencia interesante. Estimo que debemos tratar de llegar a eso, a un sistema especial de tutela, de protección y de educación de los menores.

En uno de los proyectos que estamos considerando, si no me equivoco en el del Poder Ejecutivo, se habla de niveles de seguridad, mínima, media y máxima. ¿En qué legislación existe eso? ¿Dónde se han establecido niveles? ¿Dónde existe ese régimen penitenciario minoril que lo establezca? No lo tenemos. Nuestro Derecho de Menores carece de normas.

Pienso que hay muchos aspectos en los que se puede trabajar en forma inmediata. La reforma a que he hecho referencia --para la cual inclusive viajé a Europa a fin de visitar las cárceles con regímenes progresivos y con distintos niveles-- sólo demoró seis meses. Creo, entonces, que por lo menos debemos tomar esa iniciativa.

Dentro del proyecto del Poder Ejecutivo se establece algo interesante en materia de Derecho Procesal de menores: por primera vez tendremos un defensor de menores, con un concepto asistencialista o paternalista y no judicialista. Eso no existía. Si se decía que un menor había cometido un asesinato, como defensor de menores yo no podía comprobar su inocencia porque como tal no se me permitía estar de turno, por lo que el caso era tratado por el Juez. Creo entonces que es correcto lo que aquí se establece; se trata de un ensayo y en ese aspecto me parece rescatable. Pero desgraciadamente, el proyecto no contempla el aspecto educativo, el sistema que se sigue en materia de educación de menores de conducta desviada. Ese tema también debe ser tratado y el Colegio de Abogados se ha propuesto hacerlo con especialistas en cada uno de estos sectores, ya sea en Derecho Procesal o en Derecho de Familia.

Debo expresar, también, que ya se han realizado importantes estudios en este sentido, por lo que no es necesario empezar de cero; simplemente debemos retroceder un poco. En materia de menores, contamos con un importantísimo trabajo de la doctora Viña, que contiene estudios estadísticos serios.

Aunque es el único ejemplar, con gusto lo voy a dejar en la Comisión.

SEÑOR ORTIZ.- Haremos una fotocopia y enseguida lo devolveremos al Colegio.

SEÑOR SCHURMANN.- Mi posición fue muy concreta. Ninguno de estos proyectos, a mi juicio, soluciona el problema de un niño de 9 años, por ejemplo, porque no lo alcanza la reforma. Entonces, siempre estamos frente a lo mismo. Si comienzan a delinquir los menores de 9 años en adelante, ¿qué remedio tenemos? Ellos quedan afuera de todos los sistemas y estaríamos defendiendo así la inimputabilidad absoluta sin hacer nada para reformarlos. Ese es el punto.

SEÑOR CERSOSIMO.- Quería recordar lo siguiente.

La discusión se ha centrado en el problema de la minoridad. Los proyectos presentados por el Poder Ejecutivo y por el señor Senador Ortiz se refieren a ese tema, pero el de quien habla toca aspectos análogos a los del proyecto del Poder Ejecutivo. Cuando se habla de las medidas inmediatas necesarias para solucionar un problema que se vive en el país, recuerdo --muchos de nuestros visitantes eran muy niños en 1950-- que hace más de 30 años comenzó a plantearse en el país lo que luego se tipificó como delito de patota. Este es un fenómeno típico del Río de la Plata y la ley que lo regula se aprobó en octubre de 1952. En ese entonces el país se encontraba, como hoy, asombrado y asustado e indefenso frente al acometimiento realizado por todos los sujetos activos del delito que, de esa manera, amenazaban la sociedad. ¿Qué se hizo en aquel momento? Se dictó una ley de patotas, que tipifica el delito cuando es cometido en concurso de dos o más personas.

Así, se agravó la pena de un tercio a la mitad por los delitos de rapiña, violación, atentado violento al pudor, homicidio, etcétera, cuando son cometidos de esa manera.

Entonces, se tomó la medida instrumental y se la incorporó al Código Penal. En consecuencia, me pregunto por qué hoy, cuando la sociedad se ve atacada por similares factores, no debe hacerse nada sino solamente pensar en medidas de largo plazo, a pesar de que todos estamos de acuerdo en que deben ser adoptadas. Pero hoy, aquí y ahora¿no debe hacerse nada? Por este motivo traigo al recuerdo de la Comisión la consagración legal a que he hecho referencia precisamente para demostrar que ante hechos análogos, en otras épocas, hace más de 30 años, se tomaron medidas que pueden ser similares a las que ahora estamos intentando dar dinamismo y que son, en gran parte, las que la sociedad pide se tomen a efectos de sentirse más protegida.

SEÑOR CANABAL.- Creo que fue oportuna la observación del señor Senador Cersósimo pero pienso que sería más conveniente estudiar cuál fue el efecto que produjo esa ley.

SEÑOR CERSOSIMO.- Como muy bien decía el doctor Fernández, los delitos no se terminan nunca y el delincuente no desaparece por más medidas que se tomen. Puede sí atenuarse su incidencia, su agresividad, con una mayor extensión, cuantitativa y cualitativa en el ámbito de una sociedad.

En el caso de la patota, se enervó su accionar delictivo. Sin embargo, eso no quiere decir que se haya eliminado totalmente. No se puede hacer como en el caso de la viruela, que se erradica el mal por medio de una vacuna; si hubiera que vacunar a todos los delincuentes o a la sociedad contra la delincuencia, evidentemente el fenómeno desaparecería. Pero como no existe una vacuna, el mal se torna endémico.

La pregunta que formula el señor Canabal es muy correcta y su respuesta es elemental: la patota disminuyó en su agresividad, pero no desapareció.

SEÑOR GUNTIN.- Quiero plantear un aspecto colateral que no se refiere a los proyectos que hoy tenemos en consideración.

Frente a la posición del Colegio de Abogados, en principio contraria a los tres proyectos, quería aprovechar la oportunidad para manifestar una preocupación personal y ver hasta

jac.1
D/626

qué punto es compartida y si se han estudiado algunas medidas al respecto.

Creo que en el problema del aumento de la delincuencia que está viviendo el país inciden muchos factores. Indudablemente, hay un problema de causa muy difícil de desentrañar, pero también hay factores no tan causales que también alientan al fenómeno. Pienso que uno de ellos, sin duda, es la actuación de los abogados. Aclaro que esta no es una crítica generalizada porque se trata de una minoría dentro de los abogados que actúan alentando no ya la criminalidad pero sí entorpeciendo el funcionamiento del aparato de justicia, con lo que benefician indirectamente el aumento de la criminalidad.

Corresponde destacar que no condiero que sean tan pocos esos casos como para constituir la excepción que confirma una regla de buena actuación. Entiendo que el oficio de abogado defensor está pasando por un mal momento y por ello quería conocer la opinión de los integrantes del Colegio de Abogados porque es una institución que, de existir este fenómeno, tendría grandes responsabilidades.

SEÑOR SCHURMANN.- ¿Cuál es la forma en que actúa esa minoría de abogados a que hace referencia el señor Senador?

Por otra parte, quiero señalar que el problema causal tiene aspectos muy variados.

SEÑOR GUNTIN.- Específicamente, no puedo dar los casos particulares pero creo que existe una proporción importante del Foro que tiene una voluntad de actuar de determinada manera, no sólo de defender a sus clientes sino que, en aras de ello, de interponer todos los recursos posibles para obtener un beneficio, muchas veces alejándose de la ética con que tendría que actuar el abogado.

Me imagino que esto lo harán de distinta manera; son expertos en eso.

SEÑOR SCHURMANN.- Las apreciaciones del señor Senador Guntín me traen al recuerdo un episodio que todos conocemos.

Me refiero al caso del "Cacho" Celasio Durán Naveira que tuvimos que defender con nuestro amigo Fermín Garicoits. La crítica unánime apuntaba al hecho de cómo era posible que los doctores Garicoits y Schurmann defendieran a un sujeto de ese tipo. Nosotros ejercíamos la defensa porque éramos

conscientes de que existía una sentencia de muerte no oficializada para el "Cacho" Celasio Durán Naveira.

Voy a narrar otra anécdota. A raíz de un campeonato de fútbol los cronistas deportivos uruguayos viajan a Chile y allí se enteran de que el famoso "Cacho" se encuentra detenido en la capital de ese país. Cuando concurren a la prisión y preguntan por Celasio Durán Naveira, se les responde que allí no se encuentra detenida una persona con ese nombre, sino que el delincuente que buscan se llama Jorge Schurmann Pacheco. Una vez en presencia del "Cacho" se le pregunta por qué tomó ese nombre. Este contesta que lo hizo porque Schurmann Pacheco fue la única persona que lo defendió. Al mismo tiempo se lamenta por la muerte de su defensor. En ese momento se le aclaró que quien murió fue Fermín Garicoits y, ante el asombro de los presentes, la emoción invadió a Durán Naveira.

Recuerdo esto, porque al defensor penal siempre se le realizan críticas. No me estoy refiriendo al saca-presos, al saca-precios. No se defiende la inocencia ni se transforma en encubridor o en un copartícipe del delito, sino que existen cantidad de matices, como por ejemplo la pena justa, o la calificación del delito. Se trata de un principio dentro del Derecho Procesal Penal. Es lo más intocable; podrá cambiar la parte acusatoria, pero la defensa es elemento fundamental.

SEÑOR GUNTIN.- No expresé que se debía eliminar la defensa.

SEÑOR SCHURMANN.- Es un poco expiacionista eliminar a todos esos abogados que, en realidad, son una minoría.

SEÑOR TOURNE.- El Colegio no ha sido insensible a las desviaciones profesionales. Funciona un Tribunal de Honor y debemos reconocer que tenemos grandes dificultades, porque no todos los abogados son socios del Colegio y no todas las conductas son censurables.

Hace muchos años, uno de los más ilustres procesalistas, el doctor Calamandrei, estudió la función del abogado; ante una pregunta acerca de cuál era la función del abogado, manifestó que se debía agradecer a Dios si se respondía que debía defender los intereses de la parte que lo presenta.

A medida que han ido evolucionando la profesión, la sociedad y el Estado constitucional, se ha comprendido la profundidad y la grandeza de una defensa, de lo cual nos sentimos muy honrados los abogados.

jac.3
D/626

Existen desviaciones, pero pensamos que en el fondo la pasión, el afán de defender, aun cuando pueda ser en cierta forma patológica, es más alabable que la indiferencia y el menosprecio del desgraciado que ha cometido un delito.

Hay formas patológicas en todas las profesiones y el Colegio de Abogados, cuando se han realizado las denuncias --debemos tener en cuenta que no hay colegiación obligatoria-- ha tratado de enderezar esas conductas en una forma que no se hace pública, porque nuestro propósito final no es el escándalo.

Creo que el nivel de nuestra defensa de oficio es altísimo, así como el de nuestra defensa privada, que soportan los rigores y sacrificios que demandan atender causas, muchas veces, las 24 horas del día.

La apreciación formulada por el señor Senador Guntín no se nos escapa, porque sabemos que hay profesionales que son saca-presos y saca-precios. Son los menos, pero la generalidad de la profesión se aparta de esa forma de actuar y no creo que la defensa penal nacional pueda ser señalada como pasible de una conducta criminógena.

El Colegio de Abogados, mediante el Tribunal de Etica presidido por el doctor Canabal, ha tratado de censurar esas conductas, que son mínimas. El daño y el mal tienen una expansión y circulación social superior a las obras de bien, aunque sean modestas, que muchas veces realizan los abogados.

SEÑOR CANABAL.- No alcanzo a comprender la vinculación del planteo del señor Senador Guntín con el tema que estamos tratando.

Hace muchos años mi padre, que trabajaba intensamente en Derecho Penal, me hacía ver reiteradamente que defender no es justificar y que el delincuente que haya cometido los delitos más graves requiere la actuación de la defensa. De manera que ésta, en sí misma, no es en absoluto reprobable, por más grave que sean los casos.

Se suscitan, a veces, hechos éticamente inconvenientes en todos los campos de la actividad, pero eso está fuera de la cuestión. Cuando un caso es denunciado, los pares se expiden por la vía del Tribunal de Honor y si los elementos de juicio son suficientes, se sanciona éticamente al acusado.

Deseo señalar con el mayor énfasis que el hecho de que se actúe en el campo de la defensa penal, aun en las situaciones de más grave transgresión, no significa en absoluto ningún disvalor ético para quien asume la defensa. Esto hay que subrayarlo de la manera enérgica posible, porque de lo contrario no se comprendería exactamente la función que tiene el ejercicio de la defensa, que es de rango constitucional.

SEÑOR FERNANDEZ.- A los efectos aclaratorios --ya que el señor Senador Guntín se refirió a los abogados que agotan la interposición de recursos-- es bueno tener presente que el agotamiento de todos los recursos permisibles en el proceso no es sólo válido y legítimo, sino quizás es un mandato imperativo de la defensa. No debemos olvidar que en el proceso penal --que es de las partes-- frente a la labor de la defensa está el Ministerio Público, con todas las potestades de oponerse o controlar la actuación del defensor.

Aprovecho para decir también que no debemos olvidar que el proceso penal comienza con una verdadera aberración jurídica, que es el presumario, en el que se recoge la prueba primordial y principal del proceso y en el que el defensor, en la legislación uruguaya, sigue estando sin poder tener acceso para controlar las diligencias, que se sustancian íntegramente entre el Fiscal y el Juez.

SEÑOR LLOVET.- Comprendo que a esta altura de la tarde los señores Senadores se encuentren fatigados y que no es del caso agregar muchas elaboraciones a las que ya se han hecho, que han sido bastante copiosas. Pero simplemente quería recordar que el problema que plantea la eventualidad de la derogación o suspensión temporaria de la Ley de Procesamiento sin Prisión está directamente conectado con el tema de la realidad carcelaria, el que conozco muy de cerca dada mi función pública de defensor de oficio en lo criminal.

Sin pretender hacer una referencia muy completa a lo que es esa realidad en este momento, tengo que decir que ella es violatoria de disposiciones constitucionales muy importantes. Por un lado, tenemos el artículo 8º de la Constitución, que habla del principio de la igualdad de las personas ante la ley; y por otro el artículo 26, que dice para qué deben servir los institutos carcelarios y para qué no deben servir. Nuestra realidad carcelaria actual plantea situaciones muy diferentes, que van desde el nuevo establecimiento de Santiago Vázquez, pasando por el Centro de Recuperación y por la Cárcel

de Mujeres, llegando al caso realmente triste del Penal de Libertad que, como es notorio, fue rehabilitado en noviembre del año pasado para ser transformado en un centro de reclusión para presos comunes.

Digo que el régimen es violatorio del principio de igualdad porque en esos establecimientos se practican, con respecto a los reclusos, regímenes muy diferentes. Por ejemplo, en el de Santiago Vázquez, los presos, al ingresar, son estudiados por una Comisión Interdisciplinaria para ser luego catalogados y destinados a regímenes de seguridad mínima, media o máxima. El tratamiento que se les da es excelente, desde el punto de vista de la alimentación y de las comodidades que este establecimiento ofrece.

En cuanto al Penal de Libertad, la propia infraestructura física constituye, de por sí, un atentado a los derechos humanos. Creo que no es exagerado decir esto desde el momento en que sus celdas carecen de luz eléctrica, la que sí tenían en la época en que ese establecimiento estaba destinado a los presos políticos. Las autoridades del Penal aducen que carecen de recursos para solucionar ese problema y que tampoco hay perspectivas de que se les proporcione en el futuro. Los señores Senadores podrán imaginarse lo que significa en los meses de invierno, cuando las horas de luz son mucho más breves, y los reclusos tienen que permanecer en el interior de las celdas a oscuras; además, el recreo que tienen los internos es de apenas dos horas, debiendo permanecer el resto del día en el interior de las celdas. Por otro lado, en la temporada del verano anterior tuvieron que padecer una carencia enorme de agua; sólo disponían de ella en horas de la noche, estando cortado el suministro de agua durante el día. Es decir que los reclusos carecían de agua incluso para tomar. En la actualidad, parece ser que el problema del agua se ha resuelto mejorando el equipo de bombeo y las autoridades del Penal han manifestado que este problema no se va a repetir en el futuro.

Esto es en lo que se refiere a la infraestructura del establecimiento, pero también existen otros problemas relacionados con el trato que se dispensa a los reclusos, con la alimentación, etcétera. No quiero ser demasiado extenso, pero quisiera recordar en este momento que cuando se piensa que la Ley de Prevención sin Prisión pudiera llegar a ser derogada o suspendida su vigencia, hay que tener presente que actualmente se están enviando al Penal de Libertad encausados prima-

rios absolutos y menores relativos; es decir que un joven de dieciocho años que es encausado, es, en estos momentos, enviado a dicho Penal. El envío o no a este establecimiento depende de una decisión que se toma en la Cárcel Central; ella no depende desde luego de los Jueces, pues éstos dictan simplemente el auto de procesamiento. Es así que el encausado es enviado a la Cárcel Central para su fichaje y su futuro depende de la decisión que se adopte; es decir que va a permanecer en Cárcel Central o va a ser enviado al Penal de Libertad. A Santiago Vázquez no hay posibilidades de que lo envíen pues su capacidad está totalmente colmada.

Por lo expuesto, creo que en este problema del procesamiento sin prisión no hay que olvidar la realidad carcelaria.

Como conclusión general de mi parte sobre lo que se ha hablado, debo manifestar que cualquier medida legislativa que se dicte sobre estos temas, no debe adoptarse si no se tiene la convicción, por parte de los Legisladores, de que ellas van a tener una finalidad conducente al deseo que priva en éstos de solucionar un problema. Creo que no sería suficiente para justificar una medida legislativa el hecho de que con ella se vaya a satisfacer una presión o inquietud popular ante una situación compleja y difícil de dilucidar.

SEÑOR GUNTIN.- Quisiera aclarar un par de cosas porque, a mi juicio, de no hacerlo permanecerían un tanto confusas.

La pregunta que formulé a los señores miembros del Colegio de Abogados no apuntaba --y en eso creo que fui muy claro-- al derecho de defensa que tiene toda persona ni a que el defensor justifique los actos del defendido. Yo me refería a esa minoría de abogados que actuaban más allá de la ética o, acaso, violándola.

La razón de aclararle al doctor Canabal por qué traía este tema, se debe justamente a la presencia del Colegio de Abogados.

Por otra parte, este Colegio habló de medidas preventivas que podían ir solucionando en parte el problema de la criminalidad. Pienso que también esta situación merece medidas preventivas.

No sé con qué motivo vinieron las respuestas con respecto a los derechos de defensa y a la justificación de que el abo-

gado defensor no comparte los actos de su defendido, lo que creo que está más allá de la discusión.

Mi intención era la de aclarar este aspecto.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se levanta la sesión.

(Es la hora 18 y 56 minutos)

jac.8
D/626